

**FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”**

*Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM*

*PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO*

Reconhecido pela Portaria MEC nº 524, de 30 de abril de 2008.

**NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI**

**DA SEGURANÇA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL:  
CONTRIBUIÇÕES/INFLUÊNCIAS DO SISTEMA DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW***

MARÍLIA

2016

**NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI**

**DA SEGURANÇA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL:  
CONTRIBUIÇÕES/INFLUÊNCIAS DO SISTEMA DA *COMMON LAW E CIVIL LAW***

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Mestrado em Direito da Fundação “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luís Henrique Barbante Franzé

MARÍLIA

2016

**NAYARA MARIA SILVÉRIO DA COSTA DALLEFI**

**DA SEGURANÇA JURÍDICA DA SÚMULA VINCULANTE NO BRASIL:  
CONTRIBUIÇÕES/INFLUÊNCIAS DO SISTEMA DA *COMMON LAW E CIVIL LAW***

Banca Examinadora:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Pós Doutor Luís Henrique B. Franzé

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Nelson Finotti da Silva

Marília, 03 de junho de 2016.

Aos meus amados pais, esposo, professores, amigos e familiares que me incentivaram a concluir esta importante etapa!

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, fonte de toda energia do princípio ao fim, pelo dom da vida e por abrir meus caminhos para concluir mais uma importante etapa na minha passagem aqui na Terra. Agradeço a Ele por todas as pessoas que colocou ao meu redor, que abriram e fecharam portas, pessoas estas que foram essenciais para lograr êxito em mais um sonho. Agradeço meus adoráveis pais por toda base que me proporcionaram com tanto esforço e carinho e ao meu irmão, em que pese não ter mais contato, comigo cresceu deixando laços e lembranças; agradeço meu amado esposo, sempre compreensível, nunca permitindo qualquer pensamento negativo, ressaltando a cada dia que sou capaz e seria vitoriosa em mais um fase; meus amáveis avós que são meu exemplo de vida; aos meus amigos, todos sem exceção, assim como todos meus amigos de trabalho e os grandes amigos que conquistei durante o curso do Mestrado. Como não poderia faltar, meu amigo Paulo (*in memoriam*), pois foi através dele que conheci uma das pessoas mais inteligente e humilde no ramo do direito, Professor Franzé, por quem fui orientada durante todo o mestrado e durante toda dissertação. Agradeço ao Professor Gelson, que será banca neste trabalho, pois desde a minha graduação sempre se dispôs a me ajudar quando procurei e por quem tenho grande admiração e carinho, assim como o Professor Finotti, com quem tive o grande prazer em aprofundar meus conhecimentos sobre o tema proposto. Enfim, agradeço a todos, sem distinção a todos aqueles que cruzaram meu caminho e ao levar um pouco de mim, deixaram um pouco de si...

*Ainda que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, se não tiver a caridade, sou como o bronze que soa, ou como o címbalo que retine. Mesmo que eu tivesse o dom da profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência; mesmo que tivesse toda a fé, a ponto de transportar as montanhas, se não tiver caridade, não sou nada. Ainda que distribuísse todos os meus bens em sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo, para ser queimado, se não tiver caridade, de nada valerá! A caridade é paciente, a caridade é bondosa. Não tem inveja. A caridade não é orgulhosa. Não é arrogante. Nem escandalosa. Não busca seus próprios interesses, não se irrita, não guarda rancor. Não se alegra com a injustiça, mas se rejubila com a verdade. Tudo desculpa, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. A caridade jamais acabará. As profecias desaparecerão, o dom das línguas cessará, o dom da ciência findará. A nossa ciência é parcial, a nossa profecia é imperfeita. Quando chegar ao que é perfeito o imperfeito desaparecerá. Quando eu era criança, falava como criança, pensava como criança, raciocinava como criança. Desde que me tornei homem, eliminei as coisas de criança. Hoje, vemos como por um espelho, confusamente; mas então veremos face a face. Hoje conheço em parte; mas então conhecerei totalmente, como eu sou conhecido. Por ora subsistem a fé, a esperança e a caridade – as três. Porém, a maior delas é a caridade. (Bíblia Ave Maria – 1º Coríntios, 13).*

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da Segurança Jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/Influências do Sistema da *Common Law* e *Civil Law***. Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2016.

## RESUMO

O presente trabalho visa pontuar sobre a busca da segurança jurídica na aplicação da súmula vinculante, por intermédio dos mecanismos utilizados na política dos precedentes. Para tanto, foi necessário abordar sobre a parte histórica dos Sistemas da *Common Law* e *Civil Law*, demonstrando a importância dos dois sistemas para o ordenamento vigente brasileiro, com o escopo de aumentar a segurança jurídica das súmulas, principalmente na súmula vinculante. Ademais, o novo Código de Processo Civil, demonstra a grande importância da uniformização da jurisprudência, ponto este crucial para se buscar a aplicação dos mecanismos dos precedentes, utilizados no Sistema da *Common Law* e que tão eficientemente concretizam a segurança jurídica, abordada no presente tema. Assim, utilizando como metodologia o método dedutivo e, de forma auxiliar, os métodos, histórico e comparativo, pretende-se demonstrar a necessidade da utilização dos pontos fortes do Sistema da *Common Law*, no direito brasileiro – que tem fortes raízes, em decorrência da colonização portuguesa, no Sistema da *Civil Law* - para o fim de garantir maior segurança jurídica, igualdade, previsibilidade e coerência na aplicação do direito pátrio, principalmente em relação às súmulas vinculantes.

**Palavras- Chave:** Segurança Jurídica, Súmula Vinculante, *Common Law* e *Civil Law*.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da Segurança Jurídica na Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/Influências do Sistema da *Common Law* e *Civil Law***. Trabalho de Curso. Mestrado em Direito – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2016.

#### ABSTRACT

This study aims to score on the search of legal certainty in the application of binding decision, through the mechanisms used in the previous policy. Therefore, it was necessary to address on the historical part of the Common Law and Civil Law systems, demonstrating the importance of the two systems for the Brazilian current system, with the scope to increase the legal certainty of precedents, especially in binding precedent. In addition, the new Civil Procedure Code, demonstrates the great importance of standardization of case law, a point crucial to seek the application of the preceding mechanisms, used in the Common Law System and as efficiently accomplish the legal certainty addressed in this topic. Thus, using as methodology the deductive method and auxiliary form, methods, historical and comparative, is intended to demonstrate the need for the use of the strengths of the Common Law System in Brazilian law - which has strong roots as a result of Portuguese colonization in the Civil law System - to ensure greater legal certainty, equality, predictability and consistency in the application of parental rights, especially in relation to binding precedents.

**Keywords:** Legal security, Binding Precedent, Common Law and Civil Law.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I: DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i> E <i>CIVIL LAW</i> .....	13
1.1 Do Princípio da Segurança Jurídica.....	13
1.1.1 Conceito de segurança jurídica.....	17
1.1.2 Segurança Jurídica e sua relação com a ideologia política e jurídica.....	20
1.1.3 Segurança jurídica e coisa Julgada.....	28
1.1.4 Confiança jurídica como decorrência da segurança jurídica.....	36
1.2 Da Segurança Jurídica no Sistema da <i>Civil Law</i> .....	41
1.2.1 Desenvolvimento sistema romano-germânico – origem da <i>Civil Law</i> .....	41
1.2.2 Do direito Feudal à Revolução Francesa - codificações do sistema da <i>Civil Law</i> como garantia da segurança jurídica.....	43
1.2.3 Dos direitos humanos na tradição da <i>Civil Law</i> – segurança jurídica e abertura das normas.....	48
1.2.4 Alguns países com influência da tradição da <i>Civil Law</i> .....	51
1.3 Da Segurança Jurídica Sistema Jurídico da <i>Common Law</i> .....	53
1.3.1 Desenvolvimento da <i>Common Law</i> no direito inglês.....	55
1.3.2 Sistema da <i>Common Law</i> no direito norte-americano.....	60
1.3.3 Alguns países com influência da tradição da <i>Common Law</i> .....	65
1.3.4 Diferenças entre os sistemas da <i>Civil Law</i> e da <i>Common Law</i> .....	66
CAPÍTULO II : DA SÚMULA VINCULANTE.....	69
2.1 Histórico.....	69
2.2 Assentos portugueses.....	69
2.3 Assentos portugueses no ordenamento pátrio.....	74

2.4 Origem das Súmulas no Direito Brasileiro – Súmulas Vinculantes e Súmulas Persuasivas.....	77
2.4.1 Súmulas persuasivas.....	78
2.4.2 Súmulas vinculantes.....	84
CAPÍTULO III: APLICAÇÃO DE MECANISMOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES À SÚMULA VINCULANTE.....	93
3.1 Dos Precedentes – breves considerações.....	93
3.1.1 Dos Precedentes no direito inglês.....	97
3.1.2 Dos Precedentes no direito norte-americano.....	99
3.1.3 Efeito dos precedentes.....	106
3.2 Mecanismos dos Precedentes Compatíveis com as Súmulas Persuasivas e Vinculantes.....	109
3.2.1 <i>Ratio decidendi</i> .....	110
3.2.2 <i>Distinguish</i> .....	117
3.2.3 <i>Overruling</i> .....	120
3.2.4 Reflexos no novo Código de Processo Civil.....	121
3.3 Segurança Jurídica e Súmula Vinculante no Ordenamento Brasileiro – Contribuições e Influências dos Sistemas da <i>Common Law</i> e da <i>Civil Law</i> .....	125
CONCLUSÃO.....	133
REFERÊNCIAS.....	137
ANEXOS.....	143

## INTRODUÇÃO

O presente estudo pauta sobre a segurança jurídica no Brasil e, para tanto, necessário pontuar sobre o Sistema da *Civil Law* – adotado no direito pátrio - e o Sistema da *Common Law*.

Em que pese adotarmos o Sistema da *Civil Law*, hodiernamente nosso direito possui grande influência do Sistema da *Common Law* em alguns pontos positivos, dentre os quais a busca pela uniformização da jurisprudência, por mais previsibilidade, por estabilidade e pela concretização do princípio da segurança jurídica.

Os conflitos de interesses são diversos num Estado, motivo pelo qual devem ter presença no ordenamento jurídico preceitos voltados para o juízo axiológico de justiça e segurança. Nesse contexto, é possível verificar que a segurança e a justiça, e também outros valores, tais como igualdade, liberdade, fraternidade e a ideologia de Estado Democrático de Direito, já são ressaltados no preâmbulo da nossa Carta Magna de 1988.

Observando a relação do princípio da segurança jurídica como causa da qual decorre o princípio da confiança na aplicação do direito, como será estudado no item 1.1.4, cabe ressaltar que entre os institutos vigentes atualmente no ordenamento brasileiro, como forma de almejar a segurança jurídica, estão as súmulas e principalmente as súmulas vinculantes, objeto do presente trabalho.

Todavia, para chegar ao tema proposto, necessário um breve estudo sobre os institutos dos Sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, comparando-os; posteriormente, adentrar no estudo das súmulas, seja sobre sua origem como sua inserção no direito brasileiro; e, enfim, pontuar se realmente faz *jus* ao princípio da segurança jurídica.

Para tanto, por intermédio do método dedutivo, como metodologia básica e dos métodos, histórico e comparativo, como auxiliares, busca o presente trabalho, além do exposto, analisar a possibilidade da utilização dos mecanismos da política dos precedentes - utilizados nos países que aderem ao Sistema da *Common Law* – no instituto da súmula vinculante, desde a sua edição até sua aplicação e principalmente na hipótese da sua revogação, com o escopo do almejar maior segurança jurídica no direito pátrio.

Para melhor explicar sobre o tema proposto, o estudo foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a segurança jurídica tanto enquanto princípio como na busca de chegar a um conceito, relacionando-a então com a ideologia política e jurídica, com a coisa julgada e com o princípio da confiança jurídica. Ainda no mesmo capítulo se será tratado sobre a segurança jurídica no Sistema da *Civil Law* – elencando a origem e o

desenvolvimento deste sistema e a influência que recebeu da Revolução Francesa e dos Direitos Humanos – assim como os países que possuem influência dessa tradição.

Encerrando o primeiro capítulo, será exposto sobre a segurança Jurídica no Sistema da *Common Law*, também apresentando seu desenvolvimento tanto no direito inglês como no direito norte-americano, sua influência em outros países. A partir do conhecimento dos dois Sistemas (*Civil Law* e *Common Law*) é possível estabelecer as principais diferenças entre ambos e, ao final, fazer a correlação com o referido princípio da segurança jurídica e o tema em questão – as súmulas vinculantes tratadas no próximo capítulo.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito houve um cuidado de tratar o instituto dos assentos – foram presentes no ordenamento lusitano - que antecederam a súmula no direito pátrio.

De forma sintetizada, as súmulas tiveram origem nos assentos portugueses, mas sua idealização no Brasil, atribuível ao Ministro Vitor Nunes Leal, com as denominadas súmulas persuasivas, decorre do século XX. Enfim é na virada do século XXI que mesmo sob muitas críticas, foi inserida a súmula com caráter vinculante em decorrência da reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional de nº 45, que acrescentou o art. 103-A da Constituição Federal vigente, regulamentado posteriormente pela lei nº 11.417 de 2006, para disciplinar a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Houve grande necessidade de tratar alguns fatos históricos para melhor compreender o capítulo seguinte.

No terceiro e último capítulo será tratado o tema proposto, abordando as contribuições e influências dos Sistemas da *Common Law* e *Civil Law* na súmula vinculante. Primeiramente empreendendo breves considerações sobre os precedentes nos direitos, inglês e norte-americano, e sua efetivação; e posteriormente apresentando os mecanismos dos precedentes que são compatíveis com a súmula vinculante, para o fim de proporcionar maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

A inserção da súmula vinculante no direito pátrio busca proporcionar segurança jurídica. Entretanto, o presente estudo pretende, a partir da utilização dos mecanismos da teoria dos precedentes, demonstrar a possibilidade dessa segurança para o fim de obter o almejado ordenamento jurídico mais previsível, isonômico, certo, estável e sólido.

## CAPÍTULO I: DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO SISTEMA DA *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

### 1.1 Do Princípio da Segurança Jurídica

Em cada Estado, independentemente da ideologia política adotada, é almejada a segurança jurídica, principalmente nos países ocidentais, sejam eles adeptos ao sistema da *Civil Law* ou da *Common Law* (dividido em sistema inglês e norte americano).

A busca da segurança jurídica tem como finalidade a melhor aplicação do direito. Justamente por isso não se pretende com a presente pesquisa dizer qual sistema é mais adequado, já que ambos possuem seus prós e contras, mas sim o que cada sistema pode oferecer de melhor para proporcionar maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio vigente.

Para viver em sociedade é necessário que haja o mínimo de harmonia nas relações sociais, políticas e jurídicas e, para tanto, as normas servem como norte para orientar tais relações no que diz respeito ao ser/dever e fazer/não fazer, em busca dos valores justiça e segurança.

Diante os inúmeros conflitos de interesse, é preciso estabelecer limites nas relações pessoais, seja no âmbito familiar, social, profissional. Por esse motivo, o Direito regulamenta as relações humanas, por intermédio de normas jurídicas pautadas nos valores acima mencionados.

Theodoro Junior (2008, p.262) entende que “[...] o mundo do Direito, portanto, não é da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe”.<sup>1</sup>

Nesse sentido, a busca por uma sentença justa é utópica, devendo-se buscar o valor da segurança nas relações tanto sociais quanto jurídicas. A condição de ser utopia a justiça,

---

<sup>1</sup> A melhor compreensão do posicionamento de Theodoro Junior (2008, p.262) requer uma leitura mais ampla: “Para organização de seu programa pacificador, o Direito maneja com dois valores principais: a Justiça e a Segurança. [...] Sem a paz não se pode pensar em justiça, mesmo porque sendo absoluta e inacessível em sua totalidade, e ensejando aos indivíduos e grupos captação e entendimento por ângulos e modos distintos, a justiça, quando levada ao absoluto, tem de fomentar disputas e atritos sem fim. Em suma: enquanto a segurança conduz à paz, a justiça induz à guerra. Como valor absoluto da Justiça está fora do alcance da obra normativa do homem, o direito se contenta em implantar a ordem, a segurança, dentro de um norte inspirado em certos padrões extraídos de alguns valores éticos que o anseio de justiça da sociedade consegue ressaltar. O mundo do Direito, portanto, não é o da Justiça (em seu feitiço absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe”. (grifei).

diante do confronto entre justiça X segurança, esse é o motivo pelo qual deve haver a sobreposição deste sobre aquele, conforme defende Nery (2009, p.65).<sup>2</sup>

O princípio da segurança jurídica, seja de forma explícita ou implícita, tem presença em praticamente todas as Constituições ocidentais, na busca não só da justiça pretendida, mas da igualdade e da isonomia na aplicação do Direito, podendo se tomar como exemplo, principalmente no direito europeu, o direito português, alemão e francês.

Theodoro Junior (2008, p.242) revela que no direito lusitano, embora sem previsão expressa, o princípio da segurança jurídica é defendido por seus estudiosos e na jurisprudência, e revela também que no direito alemão (2008, p.244), após as guerras do século XX, a segurança jurídica é almejada como direito fundamental, equiparando-a no mesmo patamar de justiça. Quanto ao direito francês, até mesmo por questões históricas, visando o respeito à hierarquia das normas, os direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito e a Separação de Poderes, condizentes com sua ideologia, a Corte de Justiça coloca o princípio da segurança jurídica como “exigência fundamental” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.246).

Ainda quanto ao direito francês, Roche (2012)<sup>3</sup>, ao publicar em seu site a doutrina de Anne-Laure Valembos, *La Constitutionnalisation de L’Exigence de Sécurité Juridique em Droit Français*, destaca que o trabalho doutrinário afirma que a exigência da segurança jurídica tem sido fortalecida, encontrando-se no caminho de firmar-se formalmente no sistema legal como um princípio de direito constitucional.

O direito nacional também faz previsão da segurança, assim como da justiça, a começar pela Constituição Federal no seu preâmbulo, no sentido de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança (grifei), o bem estar, o desenvolvimento e a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>2</sup> Assim, as palavras literais de Nery (2009, p.65): “Consoante o direito constitucional de ação (CF 5º, XXXV), busca-se pelo processo a tutela jurisdicional adequada. A sentença *justa* é o ideal – *utópico* – maior do processo. Outro valor não menos importante para essa busca é a *segurança* das relações sociais e jurídicas. Havendo choque entre esses dois valores (justiça da sentença e segurança das relações sociais e jurídicas), o sistema constitucional brasileiro resolve o choque, optando pelo valor segurança (coisa julgada) [...]”.

<sup>3</sup> “La thèse est avant tout prospective. En effet, elle décrit un ‘chemin’ par lequel le principe de sécurité est en train de se cristalliser comme un principe constitutionnel, mais le processus n’est pas encore achevé. En effet, l’auteur montre que la notion a de fortes racines en droit européen, notamment en droit économique de l’Union européenne d’une part et que, d’autre part, au sein même du droit constitutionnel français, on trouve des notions que l’on peut rattacher à la notion de sécurité juridique, comme la sanction des cavaliers législatifs, des lois de validation, le principe d’intelligibilité ou d’accessibilité. L’auteur en conclut que le système juridique va vers l’expression formelle d’un principe constitutionnel de sécurité juridique”. (ROCHE, 2012).

A despeito do preâmbulo não possuir força normativa, mas estar no domínio político, conforme entendimento do Superior Tribunal Justiça no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2076-5 AC, o preâmbulo não deixa de proclamar ou exortar em igual sentido dos princípios estabelecidos na Constituição Federal<sup>4</sup>. Portanto, se o preâmbulo é destituído de força normativa, o mesmo não ocorre com os princípios estabelecidos, implícita e explicitamente na Carta Magna.

E, neste aspecto, o que se pode dizer é que não se esgota somente no preâmbulo a previsão da segurança e, assim, ela possui força normativa por ser encontrada no texto constitucional, no artigo 5º, como um direito inviolável, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, juntamente com a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade. Estes, e todos dos demais direitos, e as garantias individuais ainda têm sua segurança jurídica reforçada ao serem reputados entre as cláusulas pétreas, a teor do artigo 6º, § 4º, IV (BRASIL, 1988).

Ciampaglia (2012, p.9) afirma que o princípio da segurança jurídica é almejado nas sociedades organizadas e está presente nos atos civis, com base em várias disposições constitucionais, principalmente as relacionadas à retroatividade ou não de um ordenamento, à prescrição, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Consta do voto do Ministro Carlos Velloso, relator da ADI 2076-5 AC: “[...] O preâmbulo, segundo Jorge Miranda, ‘proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significativa, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político social’. (Jorge Miranda, ‘Estudos sobre a Constituição’, p. 17). Teria o preâmbulo relevância jurídica? Jorge Miranda registra três posições da doutrina a respeito do tema: ‘a tese da irrelevância jurídica; a tese da plena eficácia, colocando o preâmbulo em pé de igualdade com quaisquer disposições constitucionais; entre as duas, a tese da relevância jurídica indireta, não confundindo preâmbulo com preceitos normativos’. E o Ministro relator, após citar as lições de outros doutrinadores, pontua que ‘[...] O preâmbulo, ressaí das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. (grifei) O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, a proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito; princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas contrais (SIC) de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local”. (BRASIL. STF, 2002).

<sup>5</sup> Esclarecedoras as afirmações de Ciampaglia (2012, p.9): “Embora presente em todos os atos da vida dos cidadãos nas nações politicamente organizadas, a segurança jurídica também sofre reflexos eventuais ou temporários em sua eficácia nos atos concretos da sociedade. O fulcro da segurança jurídica que deve embasar todos os atos da vida civil encontra-se na Constituição Federal, baseados em dispositivos da maior relevância, entre os quais, da mais alta importância, a irretroatividade das leis, a prescrição, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Para que isso se configure de forma real na vida prática, é fundamental a ação do Poder Judiciário nos mais diversos níveis e instâncias. É a ele que o cidadão deve recorrer sempre que entender que seus direitos fundamentais estão sendo violados e esse recurso deve ser exercido de maneira a restabelecer esses princípios. Eis aí o caminho, a rota, a própria essência da segurança jurídica que deve embasar qualquer sociedade devidamente organizada”.

Assim, ganha destaque a abordagem de Souza (1997, p.42), no sentido de que a segurança jurídica tem relação com a igualdade e com a isonomia, como forma de proteger as partes, principalmente as partes no processo, isto porque “ambas as partes devem possuir os mesmos poderes, direitos, ônus e deveres, isto é, cada uma delas deve situar-se numa posição de igualdade perante a outra e ambas devem ser iguais perante o tribunal”.

A guisa de exemplo da busca pela segurança jurídica deste a antiguidade, Martins faz referências às previsões do Código de Hamurabi quanto à segurança do contrato e do patrimônio e, ainda, a aplicação da teoria da imprevisão (2012, p.100)<sup>6</sup>; quanto à visão Aristotélica acerca dos problemas da sociedade e sua influência no Direito no que tange à segurança (2012, p.101)<sup>7</sup>; e quanto à busca de Paulo de Tarso pela segurança jurídica em seu julgamento, ao afirmar-se cidadão romano e invocar os direitos de sua cidadania (2012, p.101)<sup>8</sup>.

Conclui-se, portanto, que o princípio da segurança jurídica é essencial para que qualquer pessoa possa alcançar sua liberdade, pautado na confiança de que o Direito, direcionando-lhe para conseguir discernir o que pode ou não fazer em sociedade, atua em prol da concretização da dignidade humana<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> MARTINS (2012, p.100) exemplifica: “Cito o exemplo do ‘Código de Hamurabi’ (um dos mais antigos conjuntos de leis escritas, elaborado pelo rei Hamurabi por volta de 1700 a.C., na Mesopotâmia). Trata-se de um código notável avaliado pelo que dele sobrou, no que diz respeito a segurança jurídica do contrato e do patrimônio e com punições, inclusive, duríssimas. Punição à morte, por exemplo. A própria ‘teoria da imprevisão’ nós a encontramos no ‘Código de Hamurabi’. Quando se diz que se, por acaso, o deus Acade desencadear uma seca e o arrendatário não puder pagar, ele não será obrigado a pagar ao seu arrendatário porque a seca não permitiu que ele produzisse, temos a teoria da imprevisão há quase quatro mil anos. Há, todavia, sempre uma relação entre o poder e o Estado, procurando o Estado regular o problema da pena de morte, o problema da repressão, mas, ao mesmo tempo, as relações entre as pessoas, mas nunca sendo objeto de regulação o poder imperial”.

<sup>7</sup> “Aristóteles apresenta uma visão extremamente abrangente do conhecimento, praticamente todos os problemas da época e, principalmente, da espinha dorsal de nossos problemas. E isso vem alterar fundamentalmente o Direito no que tange à segurança. Quando os romanos, [...] verificamos que não foram originais em nada”. (MARTINS, 2012, p.101).

<sup>8</sup> “Quando Paulo (Paulo de Tarso – apóstolo de Cristo – 10/67) diz: ‘Eu sou um cidadão romano e não posso receber chibatadas’, o centurião que o prende diz: ‘Mas eu comprei minha cidadania com um alto preço’, o que vale dizer, ele, centurião, sabia da importância da proteção do direito romano. E quando Paulo disse, eu quero ser julgado em Roma porque sou cidadão romano, ele é enviado para Roma para ser julgado. Ele tinha o direito e o direito o garantia”. (Idem p.101).

<sup>9</sup> Nas palavras de ÁVILA (2011, p.89): “O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um *iceberg*, cuja ponta esconde uma imensa, extensa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade, de dignidade e, de outro, os princípios relativos à atuação estatal. Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa construir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa ‘saber’ aquilo que ‘pode ou não fazer’ de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e calculabilidade,

Diante do exposto, é adequado considerar a segurança jurídica, conforme Ávila (2011, p.64), “um elemento objetivo do ordenamento jurídico [...] um meio de garantir a dignidade da pessoa humana”<sup>10</sup>. Com isso, fica ratificada a importância deste princípio, para preservação das relações jurídicas, políticas e sociais.

### 1.1.1 Conceito de segurança jurídica

Com a promulgação da Carta Magna de 1.988, preconizou-se o Brasil como Estado Democrático de Direito, livre da opressão da época da ditadura que, como se verá no próximo subitem, tinha ideologia própria e enxergava a segurança jurídica de acordo com seus ideais.

Em que pese nosso Estado ser Democrático de Direito, vivenciamos inúmeros episódios de verdadeira insegurança jurídica e política, nos quais estamos submetidos às inconstâncias de instabilidade e às fortes influências da imprensa, podendo inclusive questionar se realmente vivemos uma Democracia e se podemos nos expressar em relação aos nossos direitos.

Isto porque mesmo diante de tantos tributos que diariamente contribuímos em nosso país, não temos a contraprestação Estatal em garantir a segurança devida e as demais garantias constitucionais. Essa situação demonstra a distorção do denominado Estado Democrático de Direito e leva a crer que as características do governo são mais condizentes com uma Ditadura e não com uma Democracia.

Sem contar que a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito deve proporcionar ao indivíduo mais liberdade e, em muitos casos, referida liberdade pode ocasionar o antagonismo de segurança jurídica, ou seja, causar a própria insegurança jurídica<sup>11</sup>.

---

capacita-o, com autonomia e com liberdade, ‘fazer ou não fazer’, de modo que possa ‘ser ou não ser’ aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento, para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. Como pontifica Ataliba, seguros são os cidadãos que têm a certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam. Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é o meio de realização da dignidade”.

<sup>10</sup> Ávila (2011, p.64) afirma que “A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana”.

<sup>11</sup> Eis o dilema: mais segurança significa mais liberdade; mais liberdade permite a existência e a proteção de um maior número de interesses por meio das normas jurídicas, o que, por sua vez, contribui para o aumento da complexidade do ordenamento jurídico. A segurança – eis o interessante paradoxo – gera insegurança. A segurança jurídica também é um elemento objetivo do ordenamento jurídico. Ela é um meio de atingir o bem de todos. Quando há um elevado grau de insegurança, o indivíduo evita ações que estimulam a integração. Com isso, a cooperação social é reprimida. (ÁVILA, 2011, p.64).

Conforme aponta Quintela (2013, p.61), o próprio preâmbulo da Carta Magna brasileira vigente enfatiza a promessa da segurança jurídica, que se fará por intermédio do Direito e do próprio Estado, através das normas, como um valor relacionado à justiça.

Contudo, nem toda segurança necessariamente está relacionada com a segurança jurídica. Isto porque, a segurança pode estar direcionada para questões de “integridade física ou psíquica”, assim como aquela voltada para a questão da confiabilidade entre seres e a segurança jurídica que “além de denotar um valor social protegido pelo ordenamento jurídico, ainda diz respeito a uma determinada configuração da realidade por meio de instituições jurídicas”, conforme ensina Ávila (2014, p.74).

O conceito de segurança jurídica, seguindo a cadeia dedutiva “fato-valor-norma”, “em vez de uma mera constatação fática, pode descerrar sentido sobre um estado desejável de coisa, qualificado como digno de ser perseguido por razões das mais diversas naturezas (sociais, culturais, religiosas, econômicas, por exemplo)” (QUINTELA, 2013, p.34), representando um juízo axiológico, pautado em um sistema de valores, na busca de seus objetivos e na constituição de seus ideais.

A segurança jurídica, pautada na “configuração da realidade por meio de instituições” (ÁVILA, 2014, p.74), está relacionada com o tema do próximo item acerca da ideologia, no qual se poderá verificar que independentemente da ideologia adotada, sempre a segurança jurídica estará presente no ordenamento jurídico.

Entretanto, diante da incansável busca para proteger grande gama de interesses das pessoas, realiza-se uma proliferação de normas, seja por meio de lei, de súmula ou de jurisprudência; e diante da frequente mudança legislativa, o que era para garantir a dignidade da pessoa humana e “o respeito da autonomia individual do homem” termina prejudicando a vida em sociedade e a própria economia<sup>12</sup>.

Aqui se encontra uma problemática em definir segurança jurídica, haja vista que quando uma norma se torna vigente sob o argumento de justamente estar em consonância com princípio da segurança jurídica, essa mesma norma pode acabar gerando insegurança jurídica para uma determinada parcela de pessoas que não será beneficiada.

---

<sup>12</sup> A segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o seu futuro. O homem é um ser orientado para a ação futura, que procura, no seu agir, estabilizar o futuro. A garantia da dignidade engloba, pois, o respeito da autonomia individual do homem. A insegurança jurídica prejudica, enfim, a vida dos cidadãos. Ela atua negativamente sobre as instituições e sobre os investimentos internos e externos, já que prejudica as decisões de longo prazo em virtude da absoluta impossibilidade de apreensão das normas futuras e das decisões passadas. A mudança frequente da legislação afasta o investimento e impede ações de médio e de longos prazos necessárias a uma economia de mercado. (ÁVILA, 2011, p.64).

A questão da súmula vinculante, objeto deste trabalho, também recai exatamente nesse aspecto, porque como será estudado, mesmo sob o argumento de estar preservando a segurança jurídica, o referido enunciado pode, em contrapartida gerar a própria insegurança jurídica para outra parcela da sociedade.

Nessa perspectiva, no esforço de compreender o princípio da segurança jurídica é preciso antes compreender os valores do *jusnaturalismo*, sendo necessárias a separação do mundo do “ser” e “dever ser” – dualismo de primeiro grau<sup>13</sup> -; a separação entre “direito positivo e o direito natural ou a moral” – dualismo de segundo grau<sup>14</sup> -; para finalmente chegar no “direito positivo includente e direito positivo exclusivo”, advindo do dualismo de terceiro grau<sup>15</sup>.

Feito isso, a partir dos “critérios do direito positivo exclusivo”, verifica-se que nessa reflexão recai a segurança jurídica e sua efetividade, buscando valores relacionados ao “ser” e “dever ser” e a própria norma positiva<sup>16</sup>.

Nesse diapasão, a dignidade da pessoa humana pretendida com a busca pela segurança jurídica só poderá ser concretizada com os requisitos certeza e exigibilidade, mas não somente estes, pois segundo CHALITA (2012, p.87), agregado a segurança jurídica, além

---

<sup>13</sup> O *dualismo de primeiro grau* é aquele de separação entre o mundo do “ser”, logo, da natureza, da realidade, regido por leis naturais, mas também pelos modelos da metafísica e ontologias; e o mundo do “dever ser”, da cultura ou dos objetos ideais, também aplicável ao plano ético ou de caráter normativo. O direito já foi examinado como algo da natureza e, por conseguinte, a “segurança” pode tanto ser vista como algo “ontológico” e típico da natureza ou metafísico (“ser”); como ser compreendida como modalidade ideal e inerente aos valores (“dever ser”). (TORRES, 2011, p. 47).

<sup>14</sup> O *dualismo de segundo grau* corresponde à separação entre o direito positivo e o direito natural ou a moral, o que prosperou por séculos na cultura jurídica e mantém seu vigor renovado na atualidade, com o direito natural dotado de uma feição metafísica dos direitos, como se fossem “direitos vivos”, reais, existentes no tecido social, ao lado do direito positivo. Não há qualquer exclusão entre este dualismo de segundo grau e aquele de primeiro grau, que se podem entrelaçar, a depender do modo como estes métodos possam ser empregados. (Ibid, p. 47).

<sup>15</sup> E, finalmente, o *dualismo de terceiro grau*, pautado pela admissibilidade do direito como objeto de plano do “dever ser” e afastada a opção ao *jusnaturalismo*, em conformidade com o monismo do direito positivo, que se distingue pela inclusão ou exclusão da moral na validade ou interpretação das normas. Nesse domínio, tem-se o *direito positivo includente* e o *direito positivo exclusivo*, conforme seja admitida ou não a inserção da moral na hermenêutica jurídica, respectivamente. (Ibid, p. 48).

<sup>16</sup> O presente estudo corrobora os critérios de *direito positivo exclusivo*, opera na idealidade e, ao mesmo tempo em que nega algum recurso a valores absolutos, transcendentais ou ontológicos no direito para explicar a segurança jurídica, mantém-se integralmente afinado ao monismo do positivismo jurídico, com exclusão do recurso ao *jusnaturalismo* ou à moral e afasta-se da necessidade de influência da moral na interpretação jurídica ou à construção da validade do sistema jurídico. O estudo da *segurança jurídica* demanda esse tipo de reflexão, dada sua dimensão material refletir valores cultuados pelo *jusnaturalismo* (o direito natural de segurança) e, costumeiramente, o mundo real da insegurança (ser) envolver-se com reflexões do plano normativo (dever ser); ou, ainda, sobre ser necessário recorrer a métodos sincréticos ou a esquemas de legitimação exteriores ao direito positivo e típicos do *jusnaturalismo* para construir a eficácia da segurança jurídica. (Ibid, p. 48).

desses valores, deve-se acrescentar a justiça, já menciona outrora, agora sob outro enfoque vejamos:

A ponderação, ou seja, um juízo de sopesamento realizado quando são enfrentados temas nos quais valores constitucionais aparentemente colidem, invariavelmente entrará em pauta sob a tutela da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, temos agregados ao conceito de segurança jurídica a exigibilidade e a certeza de que o direito seja estável e previsível. Contudo estes elementos não são estanques como falamos, podendo-se acrescentar outro mais, que é a justiça. Conceituar justiça não é tarefa fácil, tampouco simples, mas, de maneira bem concisa, diz respeito à igualdade de todos os cidadãos. Justo é aquilo equitativo, adequado e legítimo.

Em outras palavras, o princípio da segurança jurídica só terá efetividade quando juntamente com ele estiver presente o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, para o fim de alcançar a certeza e a previsibilidade do direito vigente, agregado com o valor justiça, em prol da equidade na aplicabilidade do direito.

O “ideal de previsibilidade”, e a certeza, é justamente a possibilidade de o cidadão analisar o caso concreto e inclusive averiguar eventuais consequências de seus atos diante determinadas situações<sup>17</sup>.

Diante do apresentado, conclui-se que a segurança jurídica pode ser analisada em um aspecto subjetivo, ao proteger a pessoa, tanto no direito individual ou coletivo<sup>18</sup>, assim como num aspecto objetivo pautado na norma, no seu sentido e na atividade do intérprete.

<sup>17</sup> A segurança jurídica é associada, por exemplo, ao ideal de previsibilidade. O cidadão deve poder prever as consequências que serão imputadas às ações praticadas. A enunciação doutrinária a respeito desse ideal de previsibilidade assim feita, porém, revela muito pouco o seu conteúdo, pois nada diz em relação ao que significa prever e qual ação se refere essa previsão. Nesse quadro, pode-se compreender a segurança como a realização *em todos os casos e de modo absoluto* dos ideais que a representam, como, no que se refere ao ideal de previsibilidade, prever sempre e tudo. Pode-se, em vez disso, entender a segurança como a realização *na maior parte dos casos e em elevada medida* dos ideais que a consubstanciam, como, ainda no caso da previsibilidade, prevê *bastante de quase tudo*. (ÁVILA, 2011, p.167).

<sup>18</sup> A segurança jurídica pode assumir uma dimensão estritamente individual quando a sua utilização visa a resguardar interesses particulares do indivíduo. O ordenamento jurídico contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado. Analisam-se as questões individuais, e não coletivas. [...] pode assumir uma dimensão coletiva, quando seu uso tem a finalidade de preservar a ordem jurídica como um todo para toda a coletividade. O ordenamento jurídico também contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da competência do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base na segurança jurídica. Esse também é o caso do controle difuso de constitucionalidade quando, no recurso extraordinário, é reconhecida a repercussão geral. Nesses casos examinam-se questões gerais relacionadas à efetivação do ordenamento jurídico ou de um setor seu. (ÁVILA, 2011, p.154).

### 1.1.2 Segurança jurídica e sua relação com ideologia política e jurídica

Apresentado o princípio da segurança jurídica e diante de uma tentativa de trazer seu conceito para o presente trabalho, importante relacionar referido princípio com a questão da ideologia política e jurídica. Primeiramente, antes de entrar no tema propriamente dito, necessário conceituar de forma breve a palavra ideologia, para posteriormente adentrar no conceito de ideologia política e ideologia jurídica, e, por fim, relacionar com a segurança jurídica.

Ao mencionar o termo ideologia, para muitos referida terminologia está estritamente ligada ao marxismo. Entretanto, muito embora a grande conexão, seu conceito foi trabalhado anteriormente, tendo reflexo inclusive na Revolução Francesa.

Sob uma ótica linguística, a palavra ideologia advém do grego, *eidos* (ideia) e *logos* (conhecimento). Já num viés moderno, adquire outra conotação por meio do estudioso Antonie Destutt de Tracy, que iniciou seu trabalho conceituando a ideologia como “*Ciência das Ideias*”, sendo criticado por Napoleão Bonaparte - que proibiu aquele e demais estudiosos com receio de novas reformas - alegando tratar-se de “*especulação abstrata, falsa e irresponsável*”(WOLKMER, 1995, p.92).

Partindo de uma concepção particular, Karl Mannheim (1968, p.81), define ideologia no seguinte aspecto:

A concepção particular de ideologia implicada quando o termo denota estarmos céticos das ideias e representações apresentadas por nosso opositor. Estas são encaradas como disfarces mais ou menos conscientes da real natureza de uma situação cujo o reconhecimento não estaria de acordo com seus interesses. Essas distorções variam uma escala que vai desde as mentiras conscientes até os disfarces semiconscientes e dissimulados. Essa concepção ideológica, que veio gradativamente sendo diferenciada da noção de mentira, encontrada no senso comum, é particular em vários sentidos. Sua particularidade se torna evidente quando é contratada com a concepção total, mais inclusiva, da ideologia. Referimo-nos aqui à ideologia de uma época ou de um grupo histórico-social concreto, por exemplo, a de uma classe, ocasião em que nos preocupamos com as características e a composição de estrutura total da mente desta época deste grupo.

Da concepção acima, analisa-se que um dos conceitos atinentes à ideologia, está relacionado com distorções da realidade de um determinado grupo social de uma determinada época, decorrente da descrença de determinada classe social, relacionado à segurança social que lhe acomete.

O mesmo autor, sobre a terminologia da palavra ideologia, diz (1968, p.87): “os “ídeos” eram “fantasmas” ou “preocupações”, e, como sabemos, havia os ídeos da tribo, da caverna, do mercado e do teatro. Todos eram fontes de erro, algumas vezes derivados da própria natureza humana, outras de indivíduos particulares.”

Contudo, partindo por uma evolução histórica do termo, o marco “*das grandes ideologias*” foi a Revolução Francesa, por força dos grupos opositores, com ideias que influenciaram a filosofia política, estando presente nas “*crenças e fundamentações do mundo*”, conforme ponderação de Wolkmer (1995, p. 91).

Com a disseminação do marxismo, o termo ideologia é visto como algo abstrato e utópico, possuindo significado ora positivo, ora negativo<sup>19</sup>, recaindo no conceito de ideologia a partir de um pensamento utópico das classes sociais desprivilegiadas, seja num aspecto particular ou geral - quando relacionado ao momento histórico de determinado grupo social.

Além do aspecto acima, interessante pontuar o paralelo nos dizeres do doutrinador Wolkmer (1995, p.102), pautado no sentido de integração. Veja-se:

Assim, torna-se apropriado descrever as características essenciais das ideologias (no seu sentido de “integração”), apontadas detalhadamente em uma análise interpretativa feita pelo politólogo norte-americano Hebert Walter. Senão – veja-se em síntese – que:

- a)- A ideologia surge em condições de crise, durante períodos de profunda tensão social.
- b)- A ideologia tem um alcance amplo e variado: os indivíduos estão ligados à ideologia pelos transmissores de massa, tais como, partidos políticos, grupos de interesse, educação e meios de comunicação.
- c)- A ideologia é um padrão sistemático de pensamento político: ideias logicamente relacionadas que oferecem uma explicação e uma visão do destino humano.
- d)- A ideologia é autônoma e auto-suficiente. Trata-se de um padrão de ideias integradas em torno de algumas premissas básicas, contendo suas próprias regras de mudança e desenvolvimento.

---

<sup>19</sup> a)- *significado positivo de ideologia* – É a ideologia compreendida como sistema de atitudes integradas de um grupo social – ideologia enquanto sistema de ideias relacionadas com a ação de pensar de pessoas ou grupos – ideologia como ordenação de crenças “que são elaboradas e integradas entre si, de maneira mais ou menos coerente, de modo a poder funcionar como guia de ações e de comportamentos, como critérios idôneos para justificar o exercício do poder, explicar as conexões entre atividades políticas e outras formas de atividade”.(...) b)- *Significado negativo de ideologia* – É a ideologia entendida como falsa ciência das relações de domínio entre as classes – ideologia como ilusão, mistificação, distorção e oposição ao conhecimento verdadeiro – ideologias são ideias erradas, incompletas, distorcidas, dissimulações sobre fatos ou sobre a realidade social – ideologia, portanto, como enuncia M. Chauí, é “um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (ideias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. (WOLKMER, 1995, p.93 e 95).

- e) – A ideologia é abstrata. Não é um retrato da realidade, mas um modelo derivado de percepções da realidade. Dessa forma, a ideologia tende a ser reducionista, oferecendo explicações e recomendações gerais.
- f)- A ideologia tende a ser exclusiva, absoluta e universal; pois, em sua lógica, pretende incorporar as ideias que representam os verdadeiros princípios do progresso e da justiça.
- g)- A ideologia é um argumento persuasivo: não apenas informa, mas gera emoção; sustenta a crença e a ação.
- h)- A ideologia é milenária: busca transcender a realidade presente, prometendo um mundo melhor.
- i)- A ideologia tende a ser excessiva. Predestinada a não se concretizar plenamente, é algo que nós muito mais desejamos do que esperamos ser realizado.
- j)- A ideologia é programática: envolve estratégias de ação que alteram significativamente as metas e os ordenamentos da sociedade.
- l)- A ideologia experimenta desenvolvimento, mas é resistente às mudanças do grupo social.
- m)- A ideologia está entrelaçada em movimentos políticos: é através de organização que as ideologias são disseminadas e executadas.

Nesse diapasão, conclui-se que inúmeros são os conceitos para o termo ideologia, sendo esta relacionada diretamente com o pensamento de uma determinada classe, em determinada época, com uma condição social específica, de um grupo social que resiste às dominações de poder existentes, a favor de busca pela concretização de seus ideais e anseios - de uma melhora da existência e da insegurança que assola sua realidade.

Isto porque, verificados os conceitos acima e a origem da palavra ideologia, também se pode concluir, que não somente aqueles que são desprivilegiados possuem um caminho a seguir e uma ideologia, mas inclusive os que estão no atual poder, com uma forma de pensamento e um discurso pregado a ser seguido, em busca da segurança dos seus ideais almejados.

Prova disso vislumbra-se o item “m” da citação acima, que deixa claro que “a ideologia está entrelaçada em movimentos políticos: e através de organização que as ideologias são disseminadas e executadas”, trazendo o conceito geral de ideologia para o fim de se chegar ao significado de ideologia política.

Para adentrar nas águas da ideologia política, necessário falar de Karl Max, pioneiro no tratamento da ideologia num aspecto político, por meio do qual separa a sociedade em dois grupos antagônicos: o proletariado e a burguesia.

A divisão tratada por Marx está direcionada ao diferente modo de pensamento; de um lado a burguesia que buscava somente seus interesses diante da não intervenção estatal, e de outro lado a força de trabalho, com intermináveis horas de labor e condições precárias de sobrevivência.

A luta de classes, conforme bem esclarece Marcondes Filho (1991, p.15) “não ocorria apenas pelo confronto e agressão física, mas também como uma divisão de ideias que essas classes possuíam. [...] Assim, havia um pensamento proletário, que era diferente do burguês”.

Isto porque, os ideais da burguesia colidiam com os ideais da classe proletariada, ocasionando choques entre as duas classes, sem a ideia de “integração”. E as ideias do marxismo, diante tamanha repercussão em toda sociedade da época, foram a grande responsável pela Revolução Russa, liderada por Lênin<sup>20</sup>.

Nessa toada, “vamos encontrar em Marx uma doutrina de vinculação social do pensamento que legitima a dúvida quanto à possibilidade do conhecimento objetivo de certos sectores da realidade”. É a chamada “teoria da ideologia”, defendida por Marx, fundamentada na negativa de conhecimento da realidade social (SAMPAIO, 1953, p. 88).

Sob este enfoque, interessante contribuição apresenta Sampaio (1953, p.88) acerca da ilusão da realidade:

Porque a consciência humana está, em determinadas de suas facetas, tão vinculada às condições sociais? Marx responde-nos, sem dificuldade, com as suas conhecidas teses de que a consciência em si é mero produto da evolução natural e da história. O ser humano, “em sua realidade, é o conjunto das relações sociais”, ensina-nos a 6ª tese sobre Feuerbach. Sua consciência é, pois, a resultante dessa condição antropológica, pois “não é a consciência do homem que determina seu ser, mas seu ser social que determina sua consciência”. [...] Marx, por vezes, usa o termo ideologia com essa significação depreciativa, mas, de outras feitas, confere-lhe um sentido genérico e neutro para indicar todas as formas de manifestação espiritual, inclusive a ciência e mesmo as suas próprias doutrinas. Lênin fala em “ideologia científica” e define o marxismo como ideologia. Georges Lukacs vai além, pois chega a emprestar um valor positivo ao vocábulo, ao criticar o reformismo pelo fato de contestar “ao marxismo seu caráter de ideologia”.

Portanto, não há como tratar de ideologia política sem buscar seu conceito em Marx, e na sua forma de pensar em relação à oposição das classes, e na visão do capitalismo exacerbado que afasta a burguesia do proletariado até os dias atuais.

Em que pese na maioria das vezes a forma depreciativa da palavra ideologia apresentada por Marx, deve-se ter em mente que a ideologia política diante do seu caráter

---

<sup>20</sup>Lênin sabia claramente que, tanto os trabalhadores, quanto os patrões, possuíam ideias próprias, específicas, e para ele o conceito de ideologia era um conceito muito claro: havia duas ideologias na sociedade, a ideologia proletária e a ideologia burguesa. Ou seja, aquela ideia de que a ideologia é uma coisa falsa, usada para enganar, para explicar fatos de forma errada, já não era aceita por Lênin. A palavra ideologia, assim, foi adquirindo cada vez maior importância. Isso não foi por acaso. Nessa época, em 1920, iniciava-se também a diluição, o desaparecimento daquilo que foi chamado anteriormente de ideologia ou de cultura proletária. (MARCONDES FILHO, 1991, p.17).

integrador, possui funções, nos termos da lição de Waltzer apud Wolkmer (1995, p.103)<sup>21</sup>, funções estas que estão relacionadas com a questão da certeza e segurança, da efetividade; do instrumento de controle; para a auto identificação para a coletividade e para o indivíduo; e da força dinâmica para o posicionamento no sentido de preservar a missão e o propósito de uma determinada classe.

Isso porque, independente da ideologia política adotada, seja ela do Liberalismo, Nacionalismo, Totalitarismo ou Socialismo, as funções básicas acima estarão presentes norteando os ideais e a ideologia a serem seguidas por seus adeptos.

De acordo com a visão acima, verifica-se que a ideologia política adotada por uma determinada sociedade, tende a influenciar o direito, podendo se concluir que a ideologia jurídica de um Estado tem forte influência da ideologia política dominante.

Difícilmente haverá a criação de uma norma sem que haja carga valorativa política e econômica a fim de tutelar os interesses de quem está no Poder, porque o direito é o legitimador dos objetivos do Estado Soberano.

Assim como o direito, o “saber” científico tem presente a carga valorativa, o que pode influenciar negativamente o conhecimento científico e conduzir a ações práticas prejudiciais. Prova disso, temos no século XX na ideologia política nazista, que acreditava na “superioridade da raça ariana, o que acabou legitimando ações como as perpetradas pelos nazistas contra outros povos ‘inferiores’”<sup>22</sup>.

Nessa situação houve a legitimação das atrocidades do Estado nazista, em nome da ideologia política pregada, que acabou, influenciando diretamente na ideologia jurídica daquela época e daquele determinado Estado, fazendo que o direito seguisse a ideologia e

<sup>21</sup> Tratando ainda especificamente do problema das ideologias a nível de funcionalidade integradora junto à sociedade, Waltzer discrimina cinco funções básicas de toda e qualquer ideologia política: A primeira grande função da ideologia é ser compreendida como um sistema que oferece uma estrutura de conhecimento, ou seja, “uma fórmula de ideias através da qual o universo é percebido, compreendido e interpretado”, oferecendo um sentimento de certeza e segurança. A segunda função da ideologia “é proporcionar uma fórmula prescritiva – um guia ou um padrão de conduta para a ação e julgamento individuais e coletivos, como também para organização, orientação e liderança política. (*Nesse sentido*) a ideologia explica e justifica a maneira como o poder é organizado, distribuído, usado e limitado, convertendo assim o poder em sua forma mais altamente durável, segura e efetiva...”. A terceira função da ideologia está na sua atuação “como instrumento de controle, de conflito e de integração”. Assim, a ideologia age visando a “minimizar diferenças de comportamento [...], criando um núcleo de necessidades comuns entre membros e induzindo a um método comum de expressar diferentes necessidades”. A quarta função é a ideologia como auto-identificação. Ora, a ideologia é a “maneira como os homens e nações definem e veem a si próprios, e esperam que os outros vejam e interpretem suas ações à luz dela”. A quinta e última função da ideologia “é servir como força dinâmica na vida individual e coletiva, proporcionando um sentido de missão e propósito”, e um consequente engajamento. (WOLKMER, 1995, p.103).

<sup>22</sup> CAMPOS, Walter de Oliveira. Direito e Ideologia. In: Argumenta Revista Jurídica nº14. Jacarezinho-PR: Revista Argumenta, janeiro/junho 2011, p. 188.

trouxesse a segurança jurídica para o conceito da forma de Estado que pregavam, não possuindo outros “signos”<sup>23</sup> para pensar de forma diversa.

Sob outro enfoque, cabe dizer que a ideologia política voltada para o capitalismo, como o Liberalismo, mostra claramente a relação do poder com a tecnologia, desencadeando uma evolução – técnico-científica - conforme assevera Habermas (1968, p. 74):

A eficácia peculiar desta ideologia em dissociar a autocomposição da sociedade do sistema de referência da ação comunicativa e dos conceitos da interação simbolicamente mediada, e em substituí-lo por um modelo científico. Em igual medida, a autocompreensão culturalmente determinada de um mundo social da vida é substituída pela autocomposição dos homens, sob as categorias da ação racional dirigida a fins e do comportamento adaptativo.

Averigua-se que o sistema econômico está atrelado com a ciência e a técnica. Cabe dizer que esta proximidade da ciência e da tecnologia em sua relação com a economia possui carga valorativa e está ligada com a questão da ideologia atual, que, pautada numa ideologia Liberal, vem afirmar e legitimar seus ideais por meio do direito.

Essa forma de vislumbrar o direito, com carga valorativa, relacionado com a ideologia advém da burguesia e da forma de Estado idealizado na Revolução Francesa e da corrente jusnaturalista<sup>24</sup>, que refletia os interesses da burguesia, segundo a visão de Wolkmer (2000, p.156):

A função ideológica da teoria jusnaturalista, enquanto proposição defensora de um ideal eterno e universal, nada mais fez do que esconder seu real objetivo, ou seja, possibilitar transposição para um outro tipo de relação política, social e econômica, sem revelar os verdadeiros atores beneficiados. A ideologia enunciada por este jusnaturalismo mostrou-se extremamente falsificadora ao clamar por uma retórica formalística da igualdade, da liberdade, da dignidade e da fraternidade de todos os cidadãos.

<sup>23</sup> A consequência do fato de que todo conteúdo de consciência – ideologia – possa existir somente em textos constituídos por signos que pertencem a algum sistema formalizador é que a ideologia é compelida a aparecer dentro dos limites proporcionados pelo significado dos signos. Por exemplo, algumas ideias jurídicas não podem existir em certas sociedades porque estas não dispõem de palavras – signos – para expressá-las. Este é o caso da diferença entre moral e direito, não existente no mundo grego porque este não dispunha de palavras que a expressassem, assim como o conteúdo de consciência que a palavra *nomos* contém não poderia ser expressado em francês ou castelhano, por exemplo [...]. A mesma palavra, no plural, “ideologias” acrescentando-lhes uma qualificação, é utilizada de maneira distinta. Proponho, conservando este uso comum, usar a palavra “ideologia” acompanhada de um qualitativo para designar uma porção da ideologia que é o conjunto dos conteúdos de consciência existentes. Desta maneira, “ideologia jurídica” se refere a uma porção da ideologia diferenciável – segundo critérios que é necessário precisar – de outra porção como a ideologia partidária, por exemplo. (CORREAS, 1995, p.31 e 32).

<sup>24</sup> A corrente jusnaturalista invocava a existência de um direito natural, anterior e prevaLENTE sobre o direito positivo. Esse direito natural pressupunha a crença num preceito superior emanado da vontade divina, da natureza das coisas ou da razão humana, conforme as diferentes concepções dentro da própria teoria jusnaturalista. (CAMPOS: 2011, p.193).

Contudo, muito antes da teoria jusnaturalista com seus pensadores que vislumbravam o direito com toda essa carga valorativa e como forma de defender um ideal eterno e universal, verifica-se na história o direito como agente que instrumentaliza princípios ideológicos do grupo detentor do poder.

Independente do tipo de Estado, seja monárquico, democrático, socialista etc., o direito segundo Wolkmer (1995, p.145) “se exprime, em normas jurídicas, as ideias, os objetos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as ideias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante”.

No entanto, no Estado-burguês a forma que o direito natural veio ser reivindicado foge da ideia de que ele seria superior ao direito positivo, no sentido de trazer os ideais de igualdade e liberdade com a finalidade de proteger a propriedade privada e a livre concorrência nas relações comerciais, deixando de lado os interesses das classes inferiores. Eis porque a burguesia defendia o antropocêntrico<sup>25</sup>, baseado na razão humana e não na vontade divina ou na natureza das coisas.

Nesse sentido, esse mesmo Estado, busca no juspositivismo<sup>26</sup> a forma de legitimar interesses, burgueses com leis que pudessem favorecê-los, a partir da tripartição dos Poderes, tendo a figura do Executivo para representar o Estado, o Legislativo para criar as leis, o Judiciário, cargo dos nobres, para tão somente cumprir as leis, não podendo julgar de forma contrária.

Desta feita, verifica-se que o princípio da segurança jurídica é presente em todo e qualquer Estado, principalmente quando voltado aos interesses da classe dominante numa tentativa de permanência no Poder, fundamentando o discurso jurídico de acordo com suas vontades e anseios.

---

<sup>25</sup> “[...] Se a perspectiva teocêntrica favorecia a nobreza, que era vista como representante da vontade de Deus e por ele legitimada à produção de leis terrenas, a burguesia adotou a teoria do direito natural antropocêntrico, segundo o qual o fundamento do direito não estaria na natureza das coisas nem na vontade divina, mas sim, na razão humana. A crítica que se faz é que a formulação do direito natural nestes moldes refletia a visão de mundo da burguesia, porque a maioria dos pensadores provinha desta classe. Assim, é de se esperar que a elite intelectual elabore, mesmo inconsciente, uma doutrina que na prática favoreça os interesses da burguesia. O idealismo jusnaturalista não levava em conta a experiência concreta da vida humana em sociedade, com seus antagonismos e as lutas entre grupos e classes sociais. Antes, ele é visto como instrumento de luta da burguesia para ascensão ao poder”. (CAMPOS, 2011, p. 193).

<sup>26</sup> O juspositivismo tem sua origem na doutrina positiva, cujo maior expoente é Augusto Comte. De acordo com essa doutrina, a atividade filosófica e científica deve restringir-se à análise da realidade, por meio da observação das leis e das relações entre os fenômenos. (IBIDEM, 2011, p.193).

Referido discurso, avaliando o que seja justo ou injusto para o Soberano, faz com que o Direito acompanhe esta perspectiva, prescrevendo normas que acreditava serem as corretas a fim de oferecer maior segurança jurídica.

Nesse aspecto, importante considerar que o Poder normativo do *juspositivismo* tem grande influência da Revolução Francesa e da Revolução Americana - Declaração da Virginia dos Estados Unidos. Isso porque no absolutismo o direito era a vontade do rei; mas posteriormente é verificada, principalmente nos países do sistema da Civil Law, a tripartição dos Poderes, no Judiciário, com um juiz burocrata, conforme exposto por Medeiros (2005, p.71-72), que cumpria as leis, sendo competência do Legislativo criá-las e a figura do Executivo como governante e representante do povo.

A busca da segurança jurídica pelo detentor do poder acaba gerando a instabilidade da classe opositora, que começa a levantar novas bandeiras em busca dos seus ideais - em vários momentos da história da humanidade - de forma que quando a segurança jurídica do grupo detentor do poder enfraquece, outro grupo com outros ideais se fortalece.

Este grupo, e ao lograr êxito em assumir o poder, irá seguir seus preceitos para se manter no poder. É a ideologia política influenciando na ideologia jurídica, fundamentando-se no princípio da segurança jurídica.

Isto porque o Direito, apresentado de forma maquiada, evita uma revolta dos dominados e a partir desse momento “surge a finalidade da ideologia, que busca impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, portanto como justo e bom”, como bem ensina Silva e Souza (2014, p.228).

### **1.1.3 Segurança jurídica e coisa julgada**

A partir do raciocínio acima sobre a ideologia no aspecto político e jurídico, cabe analisar a questão da segurança jurídica e sua relação com a coisa julgada. No Estado Democrático de Direito, no momento em que o indivíduo, através do seu voto, elege um novo representante, estará escolhendo a quem compete o direito-dever de agir em seu nome, inclusive criando leis para o fim de atingir a segurança jurídica.

Em contrapartida, o Judiciário, irá cumprir referidas leis, aplicando a norma positivada (regras e princípios). O Estado, investido na figura do juiz, ao proferir sua decisão, faz a interpretação do conflito e analisa as normas, de forma que a decisão judicial será simplesmente a aplicação da norma e não uma aplicação transversal da norma, conforme esclarece Souza (2012, p.101), para o fim de buscar a segurança jurídica no caso concreto.

No entanto, a presença do princípio da segurança jurídica não deve acontecer somente durante a tramitação processual e findar com julgamento, mas perdurar após o trânsito em julgado, conforme determina a Carta Magna de 1.988 em seu art. 5º, XXXVI “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, CF/88).

A coisa julgada tem sua origem com surgimento no processo civil romano, sendo dividido em três fases – *legis actiones, per formulas e extraordinária cognitio* (soares, 2009, p.24). Nesse linear, a coisa julgada era denominada de *res judicata*, concretizada quando dita a verdade – *pro veritate habetur* – percorrendo todas as instâncias, não poderia haver qualquer modificação.

Justamente por relacionar a coisa julgada com a verdade, quando transitada em julgado a sentença, acreditavam ter realizado justiça e assegurado a estabilidade das decisões judiciais. (SOARES, 2009, p.34).

Seguindo a linha histórica, no direito canônico – *Codex Juris Canonici* – é presente a coisa julgada para o fim de alcançar a certeza e segurança nas questões religiosas (IBIDEM, p.36). No direito português utiliza-se a expressão “*caso julgado*”, cuja finalidade é resguardar a paz social, acrescido da busca dos valores de certeza e segurança jurídica. Seguindo o mesmo exemplo, o direito francês estabelece que “coisa julgada é qualquer coisa a mais que se junta aos efeitos da sentença para conferir estabilidade à decisão judicial” (IBIDEM, p.105).

No direito Norte Americano, conforme será estudado adiante, analisa-se o caso julgado, também conhecido como precedentes, em busca da segurança jurídica. No Brasil, somente a coisa julgada teve garantida no âmbito constitucional somente em 1934, posteriormente no Código de Processo Civil de 1.939 e seguintes. (IBIDEM, p. 114)

Em que pese a coisa julgada não ser efeito da sentença, ela faz com que esta decisão seja imutável a partir de sua ocorrência, cabendo também lembrar, que a coisa julgada faz estabilizar a sentença, seja enquanto coisa julgada formal – efeitos no próprio processo – ou coisa julgada material – efeitos em outros processos.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup>O resultado do processo de conhecimento, a declaração da verdade e do direito, com todas as suas consequências, são assim deslocados do momento da coisa julgada formal, que é o efeito mecânico da omissão de um ato da parte, de tempestivo ataque à sentença, ao ato do juiz que instruiu e julgou a lide. O verdadeiro ato jurisdicional, em que a lei encontra sua atuação, reside na sentença, obra do juiz, ato culminante do processo, e não na omissão da impugnação e no decurso do prazo. A coisa julgada permanece, pois, uma consequência praticamente muito importante, mas neutra e incolor em seu conteúdo; reforça, estabiliza, torna imutável a sentença, seja enquanto ato (coisa julgada formal), seja enquanto geradora de determinados efeitos (coisa julgada material), sem todavia alterar seu conteúdo, de modo algum. E justamente por ser neutra e incolor, bem se adapta não só à declaração, mas também aos outros efeitos da sentença: a executoriedade e o

Assevera Souza (1998, p.7-8) sobre coisa julgada formal e material:

A coisa julgada é conhecida como qualidade que torna a sentença imutável (coisa julgada formal) ou a imutabilidade de seus efeitos sobre a questão decidida (coisa julgada material). Assim, a coisa julgada é a imutabilidade da sentença ou de seus efeitos, que não mais poderão ser alterados. Não é um efeito direto da sentença como já visto, mas uma qualidade que após incorporada à sentença, produz indiretamente os efeitos da imutabilidade da sentença. Coisa julgada é a qualidade que se agrega aos efeitos da sentença não mais sujeita ao recurso e que torna imutável, nada importando para essa imutabilidade, se foi ou não julgado o mérito. Uma vez não podendo mais ser a sentença atacada via recurso, estabelece-se a coisa julgada.

Assim, a coisa julgada formal tem consequência endoprocessual, sendo impossibilitada de ser discutida a decisão dentro do processo foi proferida e, em contrapartida, a coisa julgada material é de ordem extraprocessual possuindo efeitos externos ao processo.<sup>28</sup>

Portanto, a coisa julgada, na lição de Nascimento, Theodoro Junior e Faria (2011, p.32) “diz-se do caso em que a prestação jurisdicional foi satisfeita, que, dando solução ao litígio, estabeleceu de modo definitivo o direito perseguido por um dos seus demandantes”.

Por sua vez, SILVA (1995, p. 95) discorre sobre a fixação definitiva do direito para as partes e acrescenta a obrigatoriedade de reconhecimento por todos, nestes termos:

A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta. Mas, como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervem, a sentença existe e vale com respeito a todos; assim como o contrato entre A e B vale com respeito a todos, como contrato entre A e B, assim também a sentença entre A e B vale com relação a todos *enquanto é sentença entre A e B*. Todos, pois, são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podem porém, ser prejudicados.

---

efeito constitutivo. Simples cogitação verbal é a de quem limita a coisa julgada à declaração e sustenta que sua imutabilidade serve para garantir também outros efeitos da sentença. A verdade é que, com a aquisição de coisa julgada, todos os efeitos da sentença, e todos diretamente e em igual medida, adquirem imutabilidade. Os efeitos principais da sentença, declaratório, constitutivo e executivo, colocam-se, portanto, no mesmo plano, inerentes que são à sentença, consoante o seu conteúdo, desde o momento de sua prolação, e todos sujeitos a desaparecer, se a sentença for reformada ou anulada. Ao contrário, tornam-se imutáveis quando a sentença passa em julgado. Desse modo, a coisa julgada não é mais efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo da sentença e de seus efeitos, precisamente a imutabilidade daquela e destes. (LIEBMAN, 2006, p. 278).

<sup>28</sup> É por esta razão que é oportuno distinguir *coisa julgada* e *preclusão* – e não propriamente *coisa julgada material* e *coisa julgada formal*. Afinal, como refere a doutrina, as próprias expressões coisa julgada material e coisa julgada formal carecem de adequado sentido, quando vistas em uma perspectiva mais atenta. Se a coisa julgada advém da expressão *res iudicata*, que de seu turno indica que a coisa – o mérito – foi julgado, então de um lado a expressão coisa julgada material é *tautológica* (porque apenas procura repetir com o adjetivo *material* algo que a locução já expressa), e, de outro, a expressão coisa julgada formal é *contraditória* (porque refere que a coisa – o mérito – na verdade não foi julgado). Daí que se mostra de fato mais apropriado falar em apenas em coisa julgada e preclusão a respeito do assunto: o novo Código perdeu a oportunidade de riscar do artigo 502 a alusão à coisa julgada *material*, preferindo manter o qualitativo já equivocadamente presente no direito anterior. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 621).

Ultrapassando a satisfação da prestação jurisdicional, a coisa julgada visa proporcionar a segurança e a tranquilidade diante as questões decididas, evitando a descrença da sociedade caso não fosse permanente a prestação jurisdicional, conforme salienta Souza (1998, p.6).

Aqui, cabe dizer da importância da análise do tempo do Direito, apresentada por Quintela (2013, p.84): I- o passado [...]; II- o perdão – em que o Direito não esquece, mas renuncia as sanções pela pacificação; III- o futuro [...] revelador da confiança; IV- questionamento [...], justamente para melhor compreender a importância da coisa julgada e consequentemente buscar a segurança jurídica no direito.

Acerca de tempo, cabe acrescentar o que o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, diz sobre a coisa julgada: “A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] §3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, LINDB). Observa-se que a coisa julgada mantém-se no tempo mesmo adiante de uma nova lei que estabeleça regras diferentes.

Importante, porém, é atentar-se que a imutabilidade da coisa julgada não pode ser óbice para que outros novos fatos venham modificar o estabelecido no processo já findo, haja vista que os efeitos da decisão, na lição de Liebman (2006, p.81)<sup>29</sup> “são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou fora dele, até que novos fatos intervenham criando situação diversa, que tome o lugar daquela que foi objeto da sentença”.

Em outras palavras, a coisa julgada tem relação com segurança jurídica para que a lei cumpra a sua função, por meio do Estado. Ainda sobre o assunto é preciso trazer a lição de

---

<sup>29</sup> Ainda é necessário esclarecer melhor o que se entende por imutabilidade (ou incontestabilidade) dos efeitos da sentença. Não significa naturalmente, que fatos sucessivos não possam modificar a situação e as relações entre as partes. Ao contrário, significa que, com referência a situação existe ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos por ela produzidos são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou fora dele, até que fatos novos intervenham criando situação diversa, que tome o lugar daquela que foi objeto da sentença. Isso porque, nem mesmo a força do julgado pode obviamente impedir que fatos novos produzam consequências que lhes são próprias. Assim, em primeiro lugar, as partes podem, depois da sentença, exercer atos que modifiquem suas relações: o devedor pode pagar seu débito, extinguindo a obrigação declarada na sentença e tornando impossível a execução forçada fundada na sentença condenatória; as duas partes podem, mesmo depois da sentença, entrar em acordo e acertar suas relações de modo diverso do declarado pelo juiz, e assim por diante. Mas o que não poderiam fazer, é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de sua sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico. (LIEBMAN, 2006, p. 281).

Costa (2012, p.42) quanto ao aspecto de que muitas vezes, a instabilidade da jurisprudência e das súmulas dos tribunais, pode gerar uma insegurança jurídica para as partes no processo, especialmente quando vários casos com pedidos idênticos têm julgamentos distintos.

Isto porque, em determinadas situações mesmo com o trânsito em julgado, a questão da imutabilidade deságua em insegurança jurídica, ao se considerar a coisa julgada como verdadeira cláusula pétrea, e fundamentada na própria Constituição Federal, desencadeia a crítica doutrinária da chamada “coisa julgada inconstitucional”.<sup>30</sup>

A este tipo de decisão fere diretamente a dignidade da pessoa humana, gerando incertezas para o indivíduo e até mesmo para a economia do país, somam-se outros fatores que também causam a referida insegurança, tais como a morosidade processual, a falta de infraestrutura dos fóruns e tribunais de todo o país, a falta de contratação de novos funcionários qualificados, diante de toda a concentração de demanda judicial, prejudicando o anseio da finalização da lide processual.

A coisa julgada, segundo a doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.635), possui três efeitos. O primeiro está relacionado ao *efeito negativo*, no sentido de impossibilitar um *novo conhecimento e julgamento* da causa; já o segundo é o *efeito positivo*, diante da possibilidade da parte numa nova demanda com pedido já decidido alegar um *novo pedido* diverso do anterior; por fim, o terceiro conhecido como *eficácia preclusiva*, com a característica de proteção ao já decidido no sentido de que “uma vez transitado em julgado a decisão de mérito, considerar-se-á deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

Sobre o assunto, defendem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.641) ser a coisa julgada indispensável ao Estado Democrático de Direito e até mesmo a efetivação do acesso à justiça:

A coisa julgada é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa na atividade de conhecimento desempenhada

---

<sup>30</sup> Há até as que atribuem à coisa julgada a condição de que cláusula pétrea, quando se trata apenas de uma regra instrumental de cunho político-jurídico sob ressalva da Constituição Federal que a lei não a pode prejudicar. Os que assim pensam esqueceram que, ao julgar o caso da *contribuição previdenciária dos inativos*, o Supremo Tribunal Federal assentou que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido são institutos de caráter relativo. Ora, se tais institutos são parte integrante da mesma cláusula constitucional, como, pois, admitir que eles sejam relativos e somente a coisa julgada seja absoluta? A prevalecer essa tese talhada pela ambiguidade, alguns magistrados, não são todos, diga-se de passagem, continuarão a dizer o direito sem se importar com o real. Assim, tanto faz sentenciar que o mar é mar ou rio é mar. Nessas duas hipóteses, os efeitos da intangibilidade são os mesmos, porquanto o erro grosso será sepultado pela segurança jurídica, definitivamente, sem a menor chance de ser removido. (NASCIMENTO, THEODORO JUNIOR, 2011, p. 74).

pelo juiz no procedimento comum e em inúmeros procedimentos diferenciados. Nesse extrato sentido é a lição de Rosenberg, Schwab e Gottwald, quando defendem a ideia de que “a coisa julgada material é uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais”. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito. Ou seja, *de nada adianta falar em direito ao acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado definitivamente*. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser *desconsiderada*. Isso significaria aniquilação pura e simples do núcleo duro do direito fundamental à segurança jurídica processual.

Sem esgotar o tema sobre a questão da coisa julgada, outro aspecto a ser levado em consideração é a questão da insegurança jurídica acarretada pelo falso julgamento de mérito pela improcedência ante a falta de insuficiência de provas durante a tramitação processual, impedindo a parte de novamente buscar o aparelho judicial. Para Souza e Souza Filho (2012, p.145)<sup>31</sup> é tendência considerar a autorização da repositura da ação nestas situações por inexistir coisa julgada.

Isto decorre do posicionamento de que o verdadeiro julgamento de mérito é aquele não há falta de prova, sendo elemento básico para chegar à interpretação dos fatos e julgar com segurança jurídica. Nesse sentido, assevera Souza (2011, p. 13-15):

[...] A prova é elemento básico sem a qual não se pode falar em julgamento de mérito. Não se conhece o verdadeiro direito se não fizer uma perfeita interpretação das provas sobre o fato. Quando se diz que uma ação ou pedido foi julgado improcedente por falta de prova, não se pode tomar essa palavra “improcedente” como equivalente ao real julgamento de mérito, porque o mérito em verdade não foi julgado. Somente se julga o mérito diante da análise da prova e, sem esta, o que pode haver é um falso julgamento de mérito, mas não de mérito propriamente dito. Se o juiz não encontra nos autos prova suficiente para afirmar a existência do direito afirmado pelo

<sup>31</sup> [...] Ora, se o ônus da prova dos fatos constitutivos do alegado direito do autor, a ele pertence, cabe ao mesmo diligenciar produção das provas necessárias. Não diligenciando a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz, no prazo estipulado, está caracterizado o abandono da causa e o processo deve ser extinto sem julgamento de mérito. Extinguir o processo por falta de prova e dizer que o faz com julgamento de mérito pela improcedência nada mais é que um falso julgamento de mérito, porque o mérito mesmo não foi julgado por ausência ou insuficiência de prova. Mas não é só. Outras hipóteses existem em que o legislador reconhece que a falta de prova não enseja julgamento de mérito, podem ser vistas nas seguintes normas: Lei nº 7.347/85, art. 16 (Ação Civil Pública), na Lei nº 4.717/85, art. 18 (Ação Popular), Lei nº 7.853/99, art. 4º (Lei de apoio ao deficiente) e Lei nº 8.078/90, art. 103, I e II (Código do Consumidor). Nestas normas fica bem clara a disposição de que, sendo a ação julgada improcedente por falta ou insuficiência de Prova, poderá haver a sua repositura, o que evidencia a inexistência de julgamento de mérito, bem como a ausência de coisa julgada material, pois, se julgada material existisse, a ação não mais poderá ser reproposta. A tendência moderna é a ampliação da coisa julgada com efeito *erga omnes* quando julgado o verdadeiro mérito com bases sólidas em provas, mas, ao mesmo tempo, também a tendência futurística em reconhecer a inexistência de julgamento de mérito quando ao existir prova ou esta for insuficiente, caso em que será autorizada a repositura da ação, a exemplo das normas acima citadas. (SOUZA, , SOUZA FILHO, 2012, p. 145).

autor, também não pode dizer que o autor não tem direito. A agir assim, está presumindo a inexistência do direito e o julgamento não pode ser feito sobre mera presunção. Não encontrando prova suficiente para julgar o pedido, deve extinguir o processo sem julgamento de mérito e não arriscar a embrenhar por um falso julgamento de mérito, no qual afirma a procedência ou improcedência de prova suficiente. [...] Quando no processo falta prova suficiente para convencer o juiz da existência ou da inexistência do direito, ele não deve se pronunciar sobre o direito, porque não se sabe se o direito existe ou não existe. Por isso, não se pode se pronunciar sobre o mérito. Melhor que se extinga o processo sem julgamento de mérito com fulcro no art. 267, III, do CPC<sup>32</sup>.

Nesse sentido, o julgamento de mérito, em decorrência da falta de produção de provas, não pode ser considerado coisa julgada e muito menos levar à improcedência do pedido, mas sim à sua extinção, nos termos do artigo 485, III, do Código de Processo Civil, pois do contrário, se estaria pregando a própria insegurança jurídica da parte que teve seu direito cerceado em nome da coisa julgada.

Em virtude da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica – posto em plano axiológico – elencado, segundo a doutrina, antes do valor justiça, não se pode valer deste princípio, baseado na Carta Magna de 1.988, para tornar a arbitrariedade da decisão um meio de abuso de poder e fundamentar inseguranças jurídicas. Esta é uma situação que requer aplicação do direito e no seu resultado.

No mesmo sentido, o inaugurado Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, CPC 2015), analisa a questão da coisa julgada como “expressão de segurança jurídica”, podendo extrair do artigo 502 a busca da estabilização das decisões do judiciário.<sup>33</sup>

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.623) outro ponto a considerar sobre o mesmo códex é a hipótese da presença de “questão prejudicial”, prelecionado no artigo 503, § 1º, aludindo que independentemente do pedido das parte, terá “força de coisa julgada”,

<sup>32</sup> A referida obra foi publicada anterior ao Código de Processo Civil de 2015. O artigo 267, III do CPC de 1973 corresponde ao artigo 485, III do Código Processual Civil vigente.

<sup>33</sup> A constitucionalização do processo civil – tanto na perspectiva das garantias constitucionais como na dos direitos fundamentais – acabou, porém, chamando a atenção também para outro aspecto do assunto: o da ligação entre a coisa julgada e a segurança jurídica. Além disso, a necessidade de equacionar adequadamente a convivência das formas de controle concreto e abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro reforçou o dever de pensa-la a partir da segurança jurídica, notadamente a partir da necessidade de proteção contra a irretroatividade da interpretação judicial do direito e da tutela da confiança legítima. A Constituição refere que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, XXXVI da CF). Ao dizê-lo, expressamente se optou por densificar o *princípio* constitucional da segurança jurídica mediante a instituição de uma *regra* de proteção à coisa julgada. Por expressa disposição constitucional, portanto, a coisa julgada integra o núcleo duro do direito fundamental à segurança no processo. Isso significa basicamente que a coisa julgada – entendida como “autoridade imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, art. 502 – constitui uma clara opção da Constituição brasileira a favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento da possibilidade de infundáveis discussões e rediscussões dos problemas em busca de uma decisão supostamente mais justa do litígio. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 619-620).

quando versar sobre “julgamento de mérito” fazendo com que a característica “imutabilidade” permaneça, impossibilitando que os litígios perdurem juridicamente, desde que referida decisão tenha declarado ou não a existência de um direito (art. 502 § 2º).

Ao se analisar a coisa julgada, a legalidade e justiça da decisão, e a problemática se estaria de acordo com o princípio da segurança jurídica, é fundamentada por parte dos doutrinadores a impossibilidade de se modificar a coisa julgada, sob o argumento de não gerar insegurança jurídica. Em contrapartida, outros defendem a modificação, sob o fundamento de atender a justiça e, com isso, garantir a segurança jurídica.<sup>34</sup>

Cabe salientar que a coisa julgada diante do novo código processual não deve ser analisada somente em seu critério da tríplice identidade - “mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido” – devendo acrescer o “critério da identidade da relação jurídica”.<sup>35</sup>

Seguindo sobre o assunto, é preciso a presença do princípio da segurança jurídica principalmente para possibilitar a “legitimidade das decisões”, atendendo o “princípio discursivo do direito”.<sup>36</sup>

Nesse sentido, de forma breve, o inaugurado código também prevê sobre a possibilidade de ação rescisória diante a coisa julgada (artigo 966, V), na hipótese em que o mérito da decisão “violou manifestamente a norma jurídica”.<sup>37</sup>

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.643) lembram ainda, que a Súmula 343 do STF é clara em dizer a não possibilidade de “ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> A problemática acerca da “segurança jurídica” correlacionada com a “coisa julgada” sempre foi um tema abordado pelos estudiosos de direito. A questão fundamental sobre a intangibilidade da coisa julgada tem seu foco de discussão transitando entre a “legalidade” e a “justiça”. Alguns sustentam ser impossível a modificação da coisa julgada pelo simples fato de que isso levaria a uma insegurança jurídica. Já outros sustentam ser possível essa modificação, para atender a “justiça nas decisões”, sendo que, para tais autores, isso não leva a uma insegurança jurídica; pelo contrário, a garante. (SOARES, 2009, p.211).

<sup>35</sup> Trata-se de decorrência do caráter dinâmico oriundo do diálogo que rege a construção do mérito da causa que será ao final julgada pela sentença. (Idem, 627).

<sup>36</sup> Assim, a Constituição, a lei e a decisão jurisdicional, para que sejam constitucionais, devem atender ao processo participativo de formação do ato. [...] A busca pela constitucionalidade de lei ou da sentença não se revela, exclusivamente, como entendem alguns juristas, como sendo uma hipótese de interpretação de uma norma inferior com base em critérios de validade de uma norma superior, ou seja, um valor a ser protegido pelo Estado. O que garante a segurança jurídica não é a busca pela justiça, mas, efetivamente, a elaboração de uma decisão legitimada. (SOARES, 2009, p.221).

<sup>37</sup> Ou seja, se o surgimento de interpretação vigente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de ação rescisória, estará sendo desconsiderado exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 646).

<sup>38</sup> Em um dos acórdãos que deram origem a essa Súmula, frisou o seu relator, o saudoso Ministro Nunes Leal, que “a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que

Portanto, a questão se a coisa julgada causa segurança ou insegurança jurídica, é um assunto delicado e de bastante reflexão, devendo ser levados em conta a legitimidade das decisões proferidas e o princípio discursivo do direto. Se e a partir do momento em que houver uma decisão legitimada, poderá então se dizer que a segurança jurídica está garantida.

### 1.1.4 Confiança jurídica como decorrência da segurança jurídica

O direito, para ser considerado protetivo, necessita abranger uma gama de interesses, o que leva ao dilema pautado na segurança, acessibilidade e assecuração. Isto porque ao assegurar e ser mais protetivo, acaba por diminuir sua acessibilidade; enquanto que assegurar maior acessibilidade resulta em menor protetividade. Nesse ponto, recai sobre o princípio da segurança jurídica, a questão que o excesso de segurança pode desencadear a própria insegurança jurídica.<sup>39</sup>

Em busca da segurança jurídica, o legislador rapidamente cria novas normas, como fim de atender o maior número de interessados<sup>40</sup>; mas essa rapidez facilita equívocas e, por consequência, a criação de leis retificadoras o que não garante a confiança que deve ter as pessoas diante da norma. Se por um lado, para evitar os equívocos o legislador demora na elaboração de novas leis, acaba não garantindo a confiança das pessoas que não têm

---

equivalha à sua violação literal”. Lembrou ainda, que “a Justiça nem sempre observa, na prática cotidiana, esse salutar princípio que, entretanto, devemos defender, em prol da estabilidade das decisões judiciais”. (IBIDEM, 2015, p. 647).

<sup>39</sup> Para ser mais protetivo, o Direito precisa considerar o maior número de interesses, mas para fazê-lo, demanda mais complexidade, o que impede de ser facilmente compreensível. O dilema, por conseguinte, é este: se o Direito é mais seguro, porque mais acessível, precisa ser menos assecuratório; se o direito é mais assecuratório, enquanto mais protetivo, precisa ser menos acessível. O ganho em acessibilidade implica, pois, a perda da protetividade, e o ganho em protetividade, o prejuízo em acessibilidade. O paradoxo reside no fato de que, quanto mais segurança *por meio* do direito se pretende garantir, menos segurança *do* Direito se pode conquistar. O paradoxo, dito de forma abreviada, é este: a busca da segurança leva a insegurança. Nesse aspecto, o direito termina sendo vítima dele próprio. E o jurista, antes de mero interprete, transforma-se em uma espécie de detetive, tamanha a dificuldade de identificar qual é a norma aplicável. Apenas dominar a legislação constitui como que uma ciência à parte. É precisamente por isso que o problema da segurança jurídica sempre envolve uma tentativa de reação, por meio do Direito, contra a insegurança criada pelo próprio Direito. Combater insegurança jurídica envolve, pois, uma luta do sistema jurídico “contra si mesmo”. (ÁVILA, 2011, p.47).

<sup>40</sup> Aqui mais um paradoxo: o legislador, para assegurar os interesses do cidadão e para orientar sua ação, age com rapidez; mas, exatamente porque o faz desse modo, termina legislando de maneira equivocada, o que exige a edição de normas destinadas a retificar as anteriores. O paradoxo é este: se o legislador age rápido, age mal e tem que rever seus atos, o que provoca insegurança; se demora, não assegura os direitos reclamados pelo cidadãos, nem orienta, criando um estado de insegurança. Em busca de garantir segurança, o legislador termina criando insegurança. E, ao lado do fenômeno da particularização da legislação, surge o fenômeno da rápida obsolescência, fazendo com que a lei perca as suas características tradicionais de solenidade, de generalidade e de permanência. Tal quadro justifica, pois, a afirmação de que, quanto mais leis, menos Direito, e quanto menos leis, mais Direito. (IBIDEM, p.50).

garantidos os seus interesses. O legislador acaba criando insegurança quando busca garantir a segurança almejada.

Também, deve-se trazer em tela a questão da liberdade, pois em muitas vezes o excesso de liberdade pode ir contra aos preceitos da segurança jurídica, tendo em vista que o fato do Estado poder prever muito de seus atos pode acabar prejudicando outros cidadãos, causando insegurança.<sup>41</sup>

Então, como garantir a segurança jurídica, não gerando a insegurança? Segundo Ávila (2011, p.64), “a segurança jurídica é, igualmente, um meio de garantir a dignidade da pessoa humana (...) respeito à dignidade abrange o tratamento do homem como pessoa capaz de planejar o futuro”.

Partindo do pressuposto que a segurança jurídica é um meio para garantir a dignidade da pessoa humana, necessário que esta pessoa humana confie no direito; e que este Direito, seja coeso, previsível, sem uma regulamentação excessiva, e garantidor da efetividade dos direitos básicos, ou seja, dos direitos fundamentais.

A partir do momento que o Estado possibilita que as pessoas coloque sua confiança no Direito, é porque conseguiu garantir o princípio da segurança jurídica, deixando de gerar a insegurança. Isto porque, o princípio da confiança decorre do princípio da segurança jurídica que, por sua vez, decorre do próprio Estado de Direito.

A falta de confiança das pessoas nas normas por a serem elas regulamentadas com grande frequência, ocasiona a insegurança jurídica. Por isso, o direito deve proporcionar estabilidade e ser calculável, para que possa ser efetivo de fato.

Exemplo de instabilidade, que vai contra a segurança jurídica, é a jurisprudência, que, ao tomar contornos diferentes com constâncias, acaba por desaparecer muitas vezes antes mesmo de atingir seus destinatários.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> A segurança jurídica adquire, pois, caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior a capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro conforme aos seus ideais. Paradoxalmente, no entanto, quanto maior a liberdade, maior a possibilidade de outros indivíduos poderem prever o que cada um irá fazer. (IBIDEM, p. 63).

<sup>42</sup> O já citado Supremo Tribunal Federal também apresenta outros casos de mudança jurisprudencial em outras matérias. Alguns exemplos o demonstram. No que diz respeito à progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, o Tribunal desde 1993, decidia pela constitucionalidade da sua negativa, por entender que não feria o princípio da individualização da pena, pois o juiz ainda poderia fazê-lo, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma. Em 2006, o Tribunal decidiu pela inconstitucionalidade de tal negativa, por ferir, precisamente, o princípio da individualização da pena. No tocante à exigência de concurso para ingresso em sociedade de economia mista, o Tribunal entendeu, em 1993, que não havia obrigatoriedade de concurso público para tal entrada. No mesmo ano, porém, terminou decidindo que as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista estavam sujeitas à regra de que o acesso aos empregos públicos deve ser realizado por concurso. (IBIDEM, p.52).

Ainda a guisa de exemplificação, da insegurança jurídica promovida pelas contradições das jurisprudências e até mesmo as súmulas, muitas das vezes voltadas mais para os interesses políticos que para os interesses jurídicos e sociais, cabe citar a Súmula 691 do STF que estabelece: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido ao tribunal Superior, indefere a liminar”. Ocorre que o próprio STF tem abrandado a aplicação dessa súmula, afastando-a quando entender ter ocorrido ilegalidade, conforme notícia do Conjur sob a seguinte manchete: “Só flagrante ilegalidade faz afastar Súmula 691, reafirma STF”<sup>43</sup>.

Nessa toada, o sistema jurídico deve proteger a confiança, no sentido de evitar a instabilidade que pode levar a insegurança ao ordenamento jurídico, impedindo a descrença no direito vigente. Em outras palavras, o direito deve possibilitar a previsão dos tipos desejáveis ou reprováveis, de forma coesa e principalmente pautada na certeza e na segurança, mas uma segurança relacionada com a confiança, a fim de valorizar e respeitar os cidadãos.<sup>44</sup>

Contudo, antes de adentrar propriamente na confiança como princípio e decorrência do princípio da segurança, importante abordar sobre o aspecto objetivo e subjetivo da segurança<sup>45</sup>. Isto porque, como já mencionado, para viver em sociedade de maneira

---

<sup>43</sup> Sem flagrante ilegalidade, não deve ser afastada a Súmula 691. O entendimento foi reforçado pelo ministro Nelson Jobim, presidente do Supremo Tribunal Federal. Ele negou pedido de Habeas Corpus para o ex-prefeito de São Carlos (SP) Rubens Massúcio e para o ex-diretor da Comtur — Comissão Municipal de Turismo da cidade, Vanderlei de Jesus. Eles foram condenados por crime de responsabilidade. O ministro Nelson Jobim aplicou a Súmula 691 para indeferir o pedido. Pela jurisprudência do Tribunal, o STF não pode analisar pedido de liminar em Habeas Corpus sobre o mesmo tema de outro tribunal superior. Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça já havia negado pedido de liminar. No pedido, a defesa sustentou que não se aplicaria o enunciado da Súmula 691, por ter ocorrido flagrante constrangimento ilegal às vítimas. Nesse caso, segundo o advogado, a Constituição determina que cabe pedido de HC ao Supremo. A Súmula 691 vem sendo abrandada pelo STF sempre que o tribunal acredita que há flagrante ilegalidade. O benefício foi concedido para Paulo Maluf e seu filho, Flávio. No entanto, a súmula foi considerada para negar pedido do advogado Newton José de Oliveira Neves. (CONJUR, 2006).

<sup>44</sup> Nota-se, assim, que o ser humano, no curso de sua infundável busca pelo que lhe seja caro, sempre prezou por alguma estabilidade, por alguma firmeza e por garantias diante da vida, até como forma de autopreservação. A necessidade de existência de “garantias” diante da vida parece constituir plausível justificativa às mais diversas ações humanas diante da natureza e de terceiros: a fragilidade e a brevidade da vida levam os seres humanos a, quase que instintivamente, garimpar por alguma solidez em rios de incerteza e de acaso. E o Direito vem, ao longo dos milênios de história humana, tentar suprir tal lacuna, ao proporcionar “segurança”. (QUINTELA, 2013, p.25).

<sup>45</sup> Em seu aspecto objetivo, “segurança” é empregada no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), ou seja, “estar seguro” descerra o significado de proteção de algo ou contra algo que represente uma ameaça externa à incolumidade física humana. Já em aspecto subjetivo, “segurança” significa a procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva). A seu turno, a segurança como estado psicológico “revela” aquilo a que se referiam os antigos como ‘*animi tranquillitas*’, ou estado de ausência de preocupações, criador da própria palavra ‘segurança’ como ‘*sine+cura*’ (sem preocupações). Pode-se também ler o termo no sentido de confiança, fazendo-se possível o seu exame em diversos aspectos: da Psicologia (relação de confiança entre as pessoas); da Economia (confiança como princípio organizacional e das trocas entre agentes econômicos); da Sociologia (confiança como valor social, antecipador de comportamentos, redutor da complexidade da

harmoniosa é preciso do Direito; motivo pelo qual o direito se torna um instrumento para a organização da sociedade, sendo regulamentado em normas, numa tentativa de promover tranquilidade, pacificação, certeza, ordem e segurança jurídica, conforme ensina Silva (2009, p.30).

Diante esse aspecto surge a importância, de uma análise da segurança jurídica, tanto no aspecto objetivo quanto no subjetivo. Em relação ao primeiro, refere-se com à retroatividade dos atos Estatais, e à proteção do direito adquirido, e à coisa julgada. Em relação ao aspecto subjetivo, volta-se para a questão do princípio da confiança do cidadão para com o Estado. (QUINTELA, 2013, P.56). Daí, porque dizer que o princípio da confiança é decorrência do princípio da segurança jurídica, em relação ao seu aspecto subjetivo.

Mas para isso, Quintela (2013, p.56) explica que os valores almejados também devem ter relação com os estados de coisas a ser promovido e que a segurança no direito requer três imperativos, quais sejam a acessibilidade, a estabilidade e a previsibilidade. A acessibilidade no sentido de maior publicidade dos textos normativos, a estabilidade no sentido de permanência em busca de um ponto harmônico e a previsibilidade como forma de calculabilidade de critérios argumentativos, possíveis de concretizar a segurança jurídica.

O Estado é o principal garantidor da ordem social, devendo assumir as tarefas de assegurar os direitos fundamentais e de efetivar a segurança jurídica, considerando-a no sentido valorativo, como norma-princípio para estabelecer suas permissões e proibições, evitando as contradições e dando oportunidade, não só para o operador do direito, mas também para todas as pessoas da previsibilidade e a certeza.

A segurança jurídica almejada na Constituição Federal de 1988 deve ser protegida com comportamentos condizentes ao aspecto subjetivo, ou seja, da confiança. Deve decorrer do sistema constitucional, que segundo Ávila (2011, p.200), para melhor compreender sobre o tema, utiliza o exemplo metaforizado de uma floresta, conforme segue:

Em outras palavras, a segurança jurídica decorre do próprio sistema constitucional como um todo. Vale dizer: um dos seus fundamentos não está contido na Constituição; ele é a própria constituição. A segurança jurídica, em outro dizer ainda, não decorre apenas do que a Constituição prevê, mas também do modo em que ela faz. Usando metáforas já desgastadas pelo uso e pelo tempo, porém, ainda assim, portadoras de elevado poder explicativo, pode-se, de um lado, comparar o ordenamento jurídico a uma floresta, e as suas normas as árvores; de outro lado, pode-se identificá-lo com um edifício, e as suas normas, com os seus pilares. Nessa linguagem metafórica, pode-se

---

sociedade); da Filosofia (o valor da confiança como fenômeno espiritual ou valor moral); da Política (processos de confiabilidade entabulados entre os cidadãos e os sistemas de governo). (Ibidem, p.26).

afirmar que a segurança jurídica não é apenas protegidas pelas árvores, mas também pela própria floresta; não somente pelos pilares, mas igualmente pela própria arquitetura do edifício.

Nesse sentido, a segurança jurídica é voltada para a proteção do ordenamento como um todo, direcionada na confiança dessa proteção. Conforme informa Quintela (2013, p.14) proteção e confiança, sob um viés legítimo, tem origem na Alemanha, em decorrência do caso de uma viúva que se mudou para a Alemanha Ocidental, pois foi lhe prometido naquela localidade a pensão por morte, em virtude do falecimento de seu esposo. Contudo, posteriormente foi suspenso seu pagamento e ao reivindicá-lo, foi entendido que deveria ser aplicado o princípio da confiança no caso concreto; afinal, a viúva confiou no Estado ao mudar de residência para auferir seu benefício, motivo pelo qual deveria ser permanecido.

Segundo Quintela (2013, p.117), explicando o caso acima exposto, há necessidade de analisar o princípio da segurança jurídica nos seus sentidos subjetivo e objetivo:

[...] a segurança jurídica, como princípio, decorre do “macroprincípio” estruturante da ordem constitucional brasileira, o Estado de Direito [...] a segurança jurídica possui, em termos precípuos, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito, e, ao empreender tal tarefa, o subprincípio “segurança jurídica” transmuda-se em sobreprincípio, dele decorrendo, além da segurança jurídica objetiva (da qual deriva a irretroatividade e a proteção ao direito adquirido), também a segurança subjetiva, ou proteção da confiança. “Impõe-se, assim, seja realizado o itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, perfazendo, em termos mais amplos, a dedução ‘Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança’”.

Isto porque, dentre os fatores que influenciam na segurança não há somente a tipicidade, mas também a boa-fé<sup>46</sup> daquele que confiou na norma imposta, realizando seus atos de acordo com ela e, caso não obtenha o que lhe havia sido garantido, o Estado deve ser responsabilizado, uma vez que o cidadão nele acreditou.

---

<sup>46</sup> A *bona fides* tomou feição peculiar no Direito canônico, no qual além do estado de ignorância, a conduta de boa-fé exigia a “ausência de pecado”. Nota-se, dessa forma, que a concepção do instituto no Direito canônico era impregnada de caracteres subjetivos, bem como éticos, de fundo religioso. [...] o Código de Napoleão tratou a boa-fé sob dois aspectos ou “alcances”: “o *alcance subjetivo*, pelo qual a boa-fé corresponde a um estado de ignorância do sujeito, que merece, do Direito, a concessão de um regime mais favorável, e o *alcance objetivo*, de raiz jusracionalista, em cujos termos a boa-fé reforça o vínculo contratual”. Também o Código Civil alemão procedeu a tal diferenciação, tratando da boa-fé, em sentido subjetivo, como a ignorância em lesar alguém e, em sentido objetivo, como regra geral norteadora da conduta dos sujeitos no cumprimento de suas obrigações. A seu turno, o Direito português acolheu, inicialmente, apenas a dimensão subjetiva de boa-fé. Com o Código Civil de 1966, contudo, a boa-fé em sentido objetivo foi explicitamente consagrada em Portugal. Já no Direito brasileiro, a boa-fé consagrou-se somente no Código Civil de 2002 como princípio geral do Direito Contratual, conforme estatui o seu art. 422. (QUINTELA, 2013, p. 181-182).

A base da confiança, advinda do contrato entre cidadão e Estado, serve para tornar o Estado responsável pela proteção, por intermédio do Direito, justamente em virtude da confiança nesta relação. As normas devem proporcionar a segurança jurídica, não havendo excessos para evitar a insegurança.

A segurança jurídica tem íntima ligação com o princípio da confiança, por ser este decorrência do aspecto subjetivo daquela. Extrema a sua importância, que o próprio preâmbulo de nossa Constituição vigente prevê a segurança em seu sentido axiológico.

Assim, a segurança jurídica, como princípio do Estado de Direito, tem forte relação com o Estado Social, em prol da proteção dos Direitos fundamentais. Também em relação principalmente com a garantia da norma jurídica e com o princípio da confiança, para o fim de efetivar tais direitos, com previsibilidade, estabilidade e calculabilidade, evitando a instabilidade e a insegurança e, conseqüentemente, colaborando com a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

## **1.2 Da Segurança Jurídica no Sistema da Civil Law**

Tanto no sistema da *Common Law* como no da *Civil Law* é presente a busca da segurança jurídica na aplicação do direito, não importando qual ideologia política adotada pelo o Estado.

No sistema da *Civil Law*, a segurança jurídica é pautada na lei, considerada como “um valor supremo, um dogma”, ficando o juiz proibido de “criar” ou interpretar o direito, para o fim de se garantir previsibilidade e certeza, conforme afirma Barbosa (2014, p.75) Desta feita, abaixo será verificada à origem do sistema da *Civil Law*, sua influência no direito moderno e sua relação com o princípio da segurança jurídica.

### **1.2.1 Desenvolvimento do sistema romano-germânico – origem da *Civil Law***

A *Civil Law* tem origem no direito romano, na família romano-germânica, com ligação ao direito da Roma Antiga, da época de Justiniano (DAVID, 2012, p.33) - imperador romano no século VI a.C.- responsável pela maior das leis existentes e da jurisprudência produzida inclusive por contribuição com as Institutas, do século II a.C. (VIEIRA, 2007, p.23).

A título de informação, durante a Roma Antiga, entre 753 a 509 a.C, os reis utilizavam como fonte do direito os costumes e as leis, a exemplo da lei das XII Tábuas considerada a primeira lei escrita, é o que declara Vieira (2007, p.24).

Além dos costumes e das leis, havia como fonte do direito a figura dos plebiscitos – representantes dos plebeus em assembleias –; os jurisprudentes – que interpretavam as lacunas da lei –; e os editos dos magistrados – que conduziam os casos que lhes eram confiados. (VIEIRA, 2007, p.25).

Com o crescimento do império e o advento da República Romana, surge a necessidade da criação de um direito comum - *ius civile* - e a criação do direito dos estrangeiros - *ius gentium*. O julgamento, diferente do realizado atualmente, não era feito pelos magistrados - que conduziam o processo e aconselhavam as partes - mas sim por um terceiro, que era um árbitro, chamado de *iudex*, de acordo com Vieira (2007, p.28).

Com o fim da República Romana houve primeiramente o chamado sistema de principado e posteriormente o dominato – parecido com a monarquia<sup>47</sup>. Na última fase da República, sem prosperado em decorrência da morte de Cesar, houve o chamado *triunvirato*, formado por Marco Antonio, Lépido e Otaviano, que determinaram por cinco anos os decretos com força de lei sem qualquer confirmação pelos senadores, sendo ratificados por meio de plebiscito (PEIXOTO, 1997, p.90).

Contudo, foi visível o afastamento de Lépido pelos demais *triunvirantes* e após a derrota de Marco Antonio por Otaviano<sup>48</sup>, desencadeou-se uma nova fase no Direito Romano, conhecida como principado. Nesta fase houve o maior número de fontes do direito romano,

---

<sup>47</sup> Aos romanos do último século da República apresentava-se sob suas modalidades. A primeira era um regímen de transição em que os negócios externos, a guerra e a ordem pública ficariam sob a direção única e permanente do primeiro cidadão – *o princeps* –, que teria à sua disposição as forças necessárias, enquanto a administração interior continuaria afeta aos órgãos tradicionais – comícios, magistrados, senado. Esse regímen pressupunha a investidura do *princeps* pelos órgãos normais do Estado e reduzia a reforma ao mínimo estritamente necessário. A segunda modalidade era uma transformação radical e completa, fazia tábua rasa do regímen republicano e construía sobre as suas ruínas o poder pessoal em toda a extensão do termo. O primeiro sistema era o principado; o segundo o dominato ou seja a monarquia absoluta, do tipo heleno-asiático. Os dois sistemas foram ensaiados no último século da República: Pompeu tentou o primeiro, Cesar tentou o segundo. (PEIXOTO, 1997, p.87).

<sup>48</sup> Marco Antonio e Otaviano, (...) pondo Lépido cada vez mais na sombra, dividiram entre si o mundo: Otaviano ficou com o Ocidente e Marco Antonio com o Oriente. Entretanto, expirado o termo legal do triunvirato, os triunviros o prorrogaram por mais cinco anos, independente de ratificação dos comícios. Em 36 Lépido foi destituído: o triunvirato transformou-se de fato em duunvirato (sic). Terminado o prazo da prorrogação, Otaviano e Marco Antonio não se despem das suas funções, pelo contrário as consideram de novo automaticamente prorrogadas. Entrementes, ao passo que Otaviano administrava e pacificava o Ocidente, Marco Antonio levava no Egito, ao lado da rainha Cleópatra, vida *inimitável*. Os dois detentores do poder, de rivais que eram, tornaram-se inimigos. A guerra civil irrompeu novamente. Na batalha de Ácio, Otaviano derrotou Marco Antonio e Cleópatra e desde então o seu poder firmou-se definitivamente. (PEIXOTO, 1997, p.91).

surgindo às constituições imperiais e as respostas dos jurisconsultos, como consequência do *prestígio da jurisprudência*<sup>49</sup>.

Porém, no século V, em virtude das invasões bárbaras, os reinos independentes de Roma enfraqueceram-se e conseqüentemente todas as fontes do direito, acima descritas. Com o desencadeamento da queda do Império Romano do Ocidente houve um retrocesso de tais fontes do direito, que foram recepcionadas mais ao final da Idade Média, no fim do século XI<sup>50</sup>.

### **1.2.2 Do direito no período feudal à Revolução Francesa – codificações do sistema da Civil Law como garantia da segurança jurídica**

O início do período feudal coincide com a queda do Império Romano do Ocidente, no século III, que originou a construção dos reinos germânicos, e sua conclusão ocorre por volta do século X. Inicialmente a terra era dividida em reserva senhorial e lotes dos camponeses<sup>51</sup>.

As invasões germânicas foi o grande divisor de águas, tanto para início de uma nova fase e de um novo sistema de governo, assim como para o enfraquecimento das leis romanas, fazendo também nascer a vassalagem – *homem livre que se havia recomendado a outro*<sup>52</sup>, até

<sup>49</sup> O Principado é pelo seu caráter de período de transição, participante das tendências opostas de duas épocas diversas, a fase em que são mais numerosas as fontes do direito romano. Encontram-se as fontes da república: costumes, leis, editos dos magistrados; e os senatus consultos, que na época anterior somente se equiparam a lei em casos especiais, generalizam-se como sucedâneos dela e, sob esse aspecto, tornam-se uma fonte nova. Surgem mais duas fontes: as constituições imperiais, consequência lógica do acréscimo da autoridade do príncipe, e as respostas dos jurisconsultos, que são uma fonte de ordem diversa, resultante do desenvolvimento e prestígio da jurisprudência. (IBIDEM, 1997, p.101).

<sup>50</sup> Mais tarde, devido a influência da escola de Bolonha remodelada por IRNÉRIO nos fins do século XI ou começos do seguinte, o direito romano, a princípio simples gramática nas mãos de homens ávidos de saber, logo depois se elevou a altura de código das principais nações da Europa, salvo os retoques das legislações e costumes locais; da generalização da sua observância em vários países lhe veio a denominação de *direito comum*. Este fenômeno, chama-se recepção do direito romano na Idade Média. Não se limitou, porém, às instituições jurídicas legadas pelos romanos, pois operou revolução interna, infinitamente superior, uma transformação completa do pensamento jurídico: o método, a forma de intuição, toda a educação jurídica tornaram-se romanas e ainda hoje o são em todo o orbe civilizado. O direito romano tornou-se assim um elemento de civilização, do mesmo modo que a arte e a literatura grega e latina. (IBIDEM, 1997, p.160).

<sup>51</sup> Para os marginalizados sem bens ou ocupação e para os camponeses livres, trabalhar nas terras de um grande proprietário significava casa, comida e proteção naquela época de dificuldades e incertezas. Para os escravos, receber um lote de terra era uma considerável melhoria de condição. Para o seu proprietário, era uma forma de aumentar a produtividade daquela mão-de-obra e ao mesmo tempo baixar seu custo de manutenção, pois escravos estabelecidos num lote de terra (*servi casati*) deixavam de ser alimentados e vestidos por seu amo, sustentando-se a si próprios. (FRANCO JUNIOR, 1984, p.12).

<sup>52</sup> É verdade que inicialmente, no século VI, “vassalo” apresentava uma conotação servil, mas desde princípios do século VII o termo passou a ser empregado também em relação a homens livres, ainda que de condição inferior. Por fim, como desde princípios do século VIII elementos da aristocracia entravam nas relações vassálicas, estas acabaram por se enobrecer e mesmo, mais tarde, por se tornarem exclusividade daquela camada social. Os monarcas carolíngios, ao incentivarem a difusão dos laços vassálicos, pensavam reforçar seu

mesmo como forma de proteção dos ataques dos invasores, incentivando a construção de castelos e fortalezas.

No período feudal, houve a *clericalização da sociedade*, ficando a Igreja Católica responsável pelas punições de todos os atos que atentassem ao Soberano, além de definir os sacramentos que todos deviam seguir piamente, de forma que “monopolizando a comunicação com Deus, o clero tornava-se o responsável por todos os homens. Sem ele não haveria Salvação” (FRANCO JUNIOR, 1984, p.22).

A economia durante o período feudal era *tendente à subsistência* do local<sup>53</sup>, incluindo o Soberano e todos os seus – os cavaleiros feudais, o Clero e os servos (estes, 50% do que produziam ficavam para as duas primeiras classes), fato não modificado com a decadência do feudalismo, já que “por ser soberano, o rei não desapareceu com o feudalismo, mas se adaptou as condições de suserano [...] manteve uma fração de seu poder anterior” (FRANCO JUNIOR, 1984, p. 42).

Contudo, diante da crise de todos os feudos a partir do século XIV, houve o nascimento de uma nova classe da sociedade, - não mais pautada naquela realidade de que cada pessoa tinha uma condição estabelecida em determinada classe da sociedade por vontade divina - denominada “burguesia” que, diante a crise da monarquia, começou a comprar as terras dos “nobres arruinados”, conforme ensina Franco Junior (1984, p.83).

O mesmo autor (1984, p.93) ainda informa que o enfraquecimento da monarquia e a crise no setor agrário, principalmente na França, não conseguiu controlar a moeda, atingindo o setor político-militar e clerical, proporcionando uma nova “visão de Deus e do homem” e dando abertura a uma nova sociedade.

Com a morte de Luís XV- no palácio de Versalhes - seu neto Luís XVI assume o poder francês em agosto de 1754, com a rainha Maria Antonieta; mas também estes não conseguiram impedir o aumento do déficit do Estado, conforme relato de Carlye (1962, p.23).

É também de Carlye (1962, p.25) a informação que em 1788, arma-se um plano para retirar o parlamento da época e nomear a Corte Plenária, não logrando êxito ao ser descoberto.

---

poder: como eles tinham muitos vassallos, que por sua vez estabeleciam seus próprios vassallos, esta parecia ao réu uma forma de estender seu controle a todos os escalões da sociedade. (IBIDEM, 1984, p.19).

<sup>53</sup> Portanto, uma economia agrária, mas não exclusivamente. Devemos abandonar a imagem, exagerada, de uma agricultura feudal fechada, isolada e auto-suficiente. É verdade que a pequena produtividade fazia com que qualquer acidente natural (chuvas em excesso ou em falta, pragas) ou humano (guerras, trabalho inadequado ou insuficiente) provocasse períodos de escassez. Desta forma, sempre assustados com a possibilidade da fome, cada senhorio procurava suprir suas necessidades, produzindo para seu consumo tudo que ali fosse possível. Mesmo em solos pouco favoráveis a determinados cultivos, não se deixava de produzi-los, ainda que de má qualidade e em pequena quantidade, para não depender de outros locais. Mas quando era preciso recorrer à produção de outras regiões, havia circuitos comerciais para isso. Em suma, era uma agricultura apenas *tendente à subsistência*. (IBIDEM, 1984, p. 31).

Porém, diante das inquietações do povo Francês, começa a eclodir a Revolução Francesa em 1789.

O palácio de Versalhes é fechado para reuniões e mesmo com a intervenção da Corte, não foi possível impedir a força revolucionária, que não apoiava a nobreza, nem o clero e muito menos o rei, e contou com o auxílio de toda a nação que estava cansada dos abusos da monarquia. Com a queda da Bastilha<sup>54</sup> e a execução da rainha Antonieta - na guilhotina, em 1793 - nova fase se inicia principalmente para o direito francês, influenciando toda a Europa.

Não só a Revolução Francesa, bem como outras revoluções tiveram grande influência na modificação do direito advindo da tradição romana, pois os novos pensamentos atingiram o direito público e inclusive a forma de administração e organização do direito e principalmente do processo, explica Barbosa (2014, p.69).

Por sua vez, Marinoni (2013, p.47) explica que o novo regime teve de fortalecer seus objetivos diante da desconfiança dos juízes, que faziam parte da nobreza e agora estavam sujeito o juiz à lei, não podendo “interpretá-la para não distorcê-la”. O mesmo autor (2014, p. 49), ensina que o fortalecimento da *Civil Law*, em virtude do declínio do jusnaturalismo racional, fez surgir a denominada “era da Codificação”.

Isto porque, anteriormente à Revolução Francesa, a aristocracia francesa, que constituía o judiciário, mantinha os interesses das classes feudais com maior privilégio. Os juízes, tendo em vista que os cargos judiciários eram comprados ou herdados por isto se negavam a “aplicar a legislação que era contrária aos interesses de seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o “status quo” e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas” (MARINONI, 2014, p.61).

Esta é a razão explica Marinoni (2013, p.51), que fez surgir a necessidade de utilizar os argumentos de Montesquieu, para o fim de separar o Estado nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, “aceitando-se a necessidade de separação dos poderes e impondo-se, sobretudo, uma clara distinção entre as funções do legislativo e do judiciário. Tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando de forma rígida o Parlamento [...]”.

---

<sup>54</sup> A Bastilha cai <<como a cidade de Jericó, por som >>, terça-feira, 14 de julho, 1789. Espécie de <<batismo de fogo>>, para a Revolução; que continua insuprimível daqui em diante, sem esperanças de supressão. Toda a França, <<com Guardas Nacionais>>, toma armas para suprimir os bandoleiros e aqueles que se opõem à feitura da Constituição. [...]. Construção da Constituição e suas dificuldades em tramites. Clubes, jornalismo; chegada de almas anárquicas de toda a parte do mundo. Fevereiro 4, visita do rei à Assembléia Constituinte; emoção que ela causou e juramento nacional, que voa pela França. (CARLYE, 1962, p.26).

Neste momento, buscou-se a segurança jurídica ao restringir o poder do juiz, mantendo-o limitado à letra da lei, sem poder interpretá-la de forma diversa, com o fim de atender as necessidades da sociedade.

Necessário pontuar, que a Revolução Francesa, teve grande influência da burguesia, a classe em ascensão, do que se pode concluir que a lei protegia muito mais os interesses da burguesia e não os da população como um todo. Os ideais revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade, eram mais tendenciosos ao comércio e aos interesses de crescimento dos burgueses da época.

Por dez anos durou o período da Revolução Francesa (1789-1799), e diante da instabilidade e da necessidade de segurança, é criada a Corte de Cassação Francesa, com o fim de “cassar interpretação incorreta” dos Códigos, conforme esclarece Marinoni (2013, p.58):

Ainda mais interessante, para nosso propósito, é a história da Corte de Cassação francesa. Este tribunal também foi constituído em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento. É possível dizer que a *Cassation* foi instituída como uma válvula de escape contra a aplicação incorreta da lei e a não apresentação do caso à interpretação autorizada do legislativo. Porém, talvez já se vislumbrasse a dificuldade prática em se exigir dos juízes a exposição das suas dúvidas ao legislativo, bem como o trabalho excessivo e praticamente inviável que seria submetido aos legisladores caso todas as dificuldades interpretativas lhes fossem anunciadas. Embora chamado de Corte, esse órgão não fazia parte do Poder Judiciário, constituindo instrumento destinado a proteger a supremacia da lei. Esta primeira natureza – não jurisdicional – da Cassação era compatível com a sua função de apenas cassar ou anular as decisões judiciais que dessem a lei sentido indesejado. Sem obrigar o juiz a requerer a devida interpretação, impedia-se que as decisões que não se limitassem a aplicar a lei tivessem efeitos. Em vez de utilizar o instrumento da “consulta interpretativa autorizada”, preferia-se algo mais factível, isto é, cassar a interpretação equivocada.

Surge a figura de Napoleão Bonaparte, que assume o poder com o Golpe do 18 Brumário, colaborando com a Codificação ao elaborar um Código Civil, no ano de 1.804, como aponta Nogueira (2013, p.45).<sup>55</sup>

Em que pese a Codificação ser considerada como motivo para a fragmentação do direito europeu, referido posicionamento não deve prevalecer, tendo em vista que este

---

<sup>55</sup> NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2ª ed. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2013, p.45.

fenômeno juntamente com a expansão do código de Napoleão influenciou não só a Europa, mas também outros lugares (DAVID, 2002, p.67).

No sistema da Civil Law, devido à Revolução Francesa, os códigos deveriam ser claros e precisos, buscando abordar o maior número de regulamentação a todos os possíveis litígios e situações que pudessem ser gerados. Assim conseqüentemente estaria afastando o direito das tradições passadas e enaltecendo o direito nacional, e conseqüentemente, estaria proporcionando a segurança jurídica dentro do judiciário e refletindo nos demais poderes.

A impossibilidade de interpretação da norma, que era voltada para a conduta social, e a busca por um direito justo, acabou afastando a ideia original da segurança jurídica, tendo em vista que o positivismo legislativo não permitia julgar de forma contrária a lei. Lembrando ainda, que o Legislativo era formado pela burguesia, ou seja, o direito atendia muito mais seus interesses que os do povo.

O que inicialmente tinha o intuito de promover segurança jurídica, diante das novas tendências do século XIX, posteriormente acabou por sofrer influência do marxismo, acarretando o “envelhecimento dos códigos”. O positivismo do século XIX, praticamente findou em decorrência da doutrina e jurisprudência, conforme esclarece David (2002, p.70): “nenhum jurista pensa mais que apenas os textos legislativos sejam importantes para conhecer o direito”, pautando-se inclusive no direito comparado.

De qualquer forma, os equívocos de que a lei era essencial à liberdade e à igualdade, e de que do fato de que o juiz estaria vinculado ao texto legal levam à conclusão que o Sistema Civil Law “não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz atuaria apenas a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão, teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais”, diz Marinoni (2013, p.61).

Cumprir mencionar que outros países adeptos a Codificação, não seguiram exatamente os mesmos moldes da França. Este foi o caso da Alemanha, que, no interesse popular, buscou costumes para a elaboração das normas pelos juristas, que, por sua vez, valeram-se dos princípios fundamentais e estabeleceram *communis opinio doctorum*. Em comum com o sistema implantado no território Francês, a Alemanha buscou na separação dos poderes uma forma de unificar ainda mais o Estado, é o que se verifica na doutrina de Barbosa (2014, p.73).

Em que pese a diferença acima, as decisões no Civil Law, originariamente, deveriam obedecer à Lei, sendo o Poder Judiciário visto tão somente como operador do direito, que deve respeito ao texto legal. No entanto, verifica-se que essa forma de buscar pela certeza e segurança jurídicas, acaba por gerar a própria insegurança jurídica, diante da falta de

flexibilidade do juiz. Tendo em vista que ele, o juiz, está proibido de interpretar e aplicar o direito conforme o seu entendimento, quiçá inovar diante as modificações da sociedade, decidindo justamente com base no direito vigente mas sem qualquer flexibilidade para adaptá-lo a novas ocorrências, prejudicando com isto a segurança jurídica.

Somente na metade do século XX, em decorrência da Revolução dos Direitos Humanos e da Judicialização Política e, principalmente, da supremacia dos direitos humanos repercutindo na abertura das normas, é que houve uma maior flexibilização na interpretação do direito com a busca, exatamente nas fontes estudadas do direito romano, da melhor forma de aplicação da lei.

Isto porque, ao se falar de norma jurídica, não se trata somente da lei, mas também dos princípios norteadores do direito, da jurisprudência, da doutrina; buscando-se um fortalecimento maior do direito e, conseqüentemente, alcançando uma maior segurança jurídica, como será tratado no próximo item.

### **1.2.3 Dos direitos humanos na tradição da Civil Law – segurança jurídica e abertura das normas**

Não se tem uma data exata para o surgimento dos Direitos Humanos, sendo defendido por alguns que remonta da Antiguidade, da formação dos grupos humanos, confundindo-se com o próprio Direito. Já outra corrente afirma que os Direitos Humanos surgem no Ocidente, na Idade Moderna, mas precisamente na civilização europeia no século XVI e XVII.<sup>56</sup>

Em que pese divergência doutrinária, o marco dos Direitos Humanos ocorre com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada por intermédio da Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Quando nascem os Direitos Humanos? Eles já se encontram na tradição antiga e medieval ou são uma novidade absoluta na Modernidade? Segundo uma opinião difusa, eles existiram desde os tempos imemoriais, como mostra Antígona, a “heroína do direito natural”, protagonista da tragédia homônima de Sófocles, que desobedeceu as leis da cidade para obedecer às leis não-escritas (*ágrapha nómina*). Os críticos dessa concepção afirmam que assim se confunde o Direito com os Direitos Humanos. O Direito (*dikaion* em grego, *jus* em latim) existe a partir do momento em que os grupos humanos constituem cidades-Estados, ou seja, desde o início das primeiras civilizações urbanas (*civitates*); enquanto que os Direitos Humanos seriam tipicamente modernos e ocidentais, ou seja, nascem num determinado período histórico e numa determinada civilização: a europeia dos séculos XVI/XVII. (TOSI, 2009, p. 47).

<sup>57</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos traz em seu preâmbulo que seu conteúdo deve ser perseguido como “o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e sua observância universais efeitos, tanto

Isto porque, após a segunda guerra mundial, como a resposta às atrocidades do regime nazista<sup>58</sup>, ocorre a fase denominada Constitucionalismo em que as Cartas Constitucionais buscam a positivação dos direitos fundamentais e a supremacia da Constituição, principalmente nos países da tradição da Civil Law, onde o “Judiciário, assume, deste modo, papel importante na proteção, realização e especialmente na interpretação dos direitos humanos e fundamentais, nessa nova era [...] de Revolução de Direitos Humanos”(BARBOSA, 2014, p.77).

Com a Declaração de Direitos Humanos aumenta-se o interesse do reconhecimento da positivação jurídica voltada para a proteção dos direitos humanos, principalmente quando relacionados com os direitos fundamentais, pautados nos ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, conforme prega João (2014, p. 238).

Em decorrência da Revolução dos Direitos Humanos, surge a judicialização política, transferindo-se para os tribunais também os conflitos morais e políticos e influenciando na ampliação do chamado *judicial review*, tão bem esclarecido por Marinoni (2013, p.73):

O *judicial review*, antes de afirmar, ao menos explicitamente, o poder de o judiciário controlar a atividade do legislativo, fundou-se na supremacia da Constituição sobre as leis, na ideia de que a lei que nega a Constituição é nula, e, mais enfaticamente, na constatação de que o judiciário é o interprete final da Constituição e, assim, por lhe caber pronunciar o sentido da lei, também é dele o poder de dizer se a lei é contrária à Carta Magna.

A dignidade da pessoa humana é vista como objetivo central, determinante para recuperar os valores éticos e morais, positivadas nas Constituições, e atribuir direitos fundamentais *status* constitucional. O resgate da ruptura dos direitos humanos, ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial, requer a busca do respeito para com todos os cidadãos (BARBOSA, 2014, p.82).

---

entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”. Já no artigo I insere a norma de caráter geral que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. (JOÃO, 2014, p. 237).

<sup>58</sup> Veja-se o Estado de Direito alemão (*Rechtsstaat*), por exemplo, que fora concebidos em termos meramente formais, ou seja, previa um sistema no qual o poder público era exercido pelos órgãos competentes de acordo com os procedimentos previamente estabelecidos na lei. Entretanto, todo esse ideal foi desacreditado pelo regime nazista, que acabou por instituir com base na legalidade lógica do “tudo é possível”, levando pessoas serem tratadas como supérfluas e descartáveis, contrariando os valores consagrados da Justiça e do Direito. (...) O modelo democrático alemão, entra, desta maneira, em colapso, causando sofrimento a toda a humanidade. Uma inimaginável mistura de totalitarismo, nazismo, genocídio e imperialismo causou sofrimento às pessoas, desrespeitando-se qualquer ideia de direitos fundamentais. (BARBOSA, 2014, p.79).

É salutar ressaltar que os direitos humanos têm caráter indivisível, com a necessidade constante de efetivar direitos seja eles econômicos, culturais, sociais e conseqüentemente efetivar direitos civis e políticos, possuindo um sistema global e integrado de proteção.<sup>59</sup>

Assim o juiz, antes vinculado ao texto de lei, agora tem a liberdade para julgar, devendo, contudo, ter coerência em seus julgamentos, pautando-os em princípios, jurisprudências e demais normas, com o fim de zelar pelos direitos fundamentais.

Muito bem aponta Marinoni (2013, p.64) que essa liberdade inclui os casos em que o juiz julga de forma diversa dos Tribunais Superiores, mostrando as diferenças do caso em questão e justificando a necessidade da alteração do julgamento, justificativa esta derivada do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988.

Consideram-se impactantes os efeitos do constitucionalismo na tradição da *Civil Law*, em virtude da busca pela própria substância da lei e pelos princípios de justiça. A lei já não é considerada absoluta, estando subordinada à supremacia da Constituição e estando limitada de acordo com os princípios constitucionais e com as normas positivadas na Constituição, ou seja, conforme expressa Marinoni (2013, p.66), “as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais”.

Nesse sentido, Barbosa (2014, p.82) salienta que os direitos humanos influenciam todos os países de tradição da *Civil Law* e também da *Common Law*, (conforme será analisado no próximo item), trazendo para o sistema de normativo, valores éticos e morais, enaltecendo a dignidade da pessoa humana e destacando-a como valor supremo.

Tem-se como importantes exemplos a Áustria (1945), o Japão (1947), a Itália (1948) e Alemanha (1949), que em virtude dos desmandos da 2ª guerra mundial adotaram um governo democrático, no pós-guerra, com uma Constituição escrita, com a inclusão de declarações de direitos fundamentais em seu bojo. Assim, ensina Barbosa (2014, p.84), estes países acrescentam, à grande valia destas declarações político-filosóficas, a força normativa e coercitiva de suas Cartas Magnas.

---

<sup>59</sup> Este sistema global de proteção dos direitos humanos é integrado, além da Declaração Universal de Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional de Direito Civil e Políticos, pelo pacto internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e ainda por outras Convenções Internacionais. Paralelamente ao Sistema global, têm-se os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos com aparatos jurídicos próprios. O sistema interamericano tem uma Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, seu principal instrumento, a qual previu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. (BARBOSA, 2014, p.89).

Isto proporciona independência ao Judiciário como um todo, juízes singulares e Tribunais, principalmente no que diz respeito à arbitrariedade política, garantindo os direitos fundamentais com a necessidade da jurisdição como forma asseguradora.

Além do mais assevera Marinoni (2013, p.119) em que pese as Constituições e Cartas de Direitos Humanos Fundamentais não tratar em expressamente sobre a segurança jurídica, o atual constitucionalismo é consciente da sua essencialidade e indissociabilidade com o Estado de Direito em sua estrutura.

Salienta o mesmo autor que, a supremacia e positivação dos direitos humanos e toda fixação expressa dos direitos fundamentais nas Constituições não funcionaram de forma direta, tendo em vista que tendo o caráter de norma aberta, estão adstritas a interpretações, que podem ser diversas a depender do contexto analisado, seja no aspecto histórico, social e cultural; necessitando, por isso, de um *judicial review*<sup>60</sup> que pauta-se o valor supremo da dignidade da pessoa humana e nos demais direitos fundamentais, em busca de uma decisão coerente, confiável e proporcionando uma maior segurança jurídica.

#### **1.2.4 Alguns países com influência da tradição da Civil Law**

Em decorrência do processo de colonização, as tradições da *Civil Law*, assim como da *Common Law*, acabaram influenciando outros Estados fora do continente europeu. Conforme será estudado no próximo item, a tradição da *Common Law*, tem de forma muito pequena, *Civil Law*, cuja estrutura é bastante enraizada no direito romano-germânico.

Na América houve influencia da *Common Law* nas colônias da Inglaterra, e uma grande influência da tradição da *Civil Law*, em decorrência da colonização promovida por Portugal, Espanha, França e Holanda, países com bases na família romano-germânica. Na África, também, em virtude da colonização negra, países como Zaire, Ruanda, Burundi, Somália, Etiópia tiveram grande influência desta família *Civil Law* que atingiu até mesmo os países da União Sul-Africana, com exceção da África do Norte, onde tem prevalência do direito mulçumano. (DAVID, 2002, p.79).

---

<sup>60</sup> Um *judicial review* elaborado e uma atuação do Poder Judiciário ou Tribunais Constitucionais na interpretação dos direitos humanos implicam no paradigma constitucional do pós-guerra as Cortes e os Tribunais sejam imbuídos de jurisdição constitucional, atuando, destarte, como guardiões últimos dos princípios constitucionais e direitos fundamentais contra as leis e ações do Estado eventualmente incompatíveis com as Cartas Constitucionais. A proteção judicial dos direitos humanos não invade a esfera política, mas restringe a competência legislativa dos poderes eleitos aos limites de seu mandato que devem, por sua vez, estar subordinados aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. (MARINONI, 2013, p.88).

A expansão da *Civil Law* atingiu também a Ásia e Indonésia; como a Turquia, que buscou nos códigos um modelo para o direito local a ser aplicado; o Egito, ao Iraque e a Jordânia – após o fim do mandato da Inglaterra; e, de forma parcial, a Arábia Saudita e o Golfo Pérsico, conforme doutrina de David (2002, p.80).

Um dos motivos para a utilização do sistema da *Civil Law* é justificado pela manutenção do sistema de códigos, mesmo com a derrota napoleônica nas insurreições nacionalistas como os exemplos, apresentados por Vieira (2007, p.52), do Código Civil Francês; dos códigos italianos, utilizados de forma separada em cada região, mas unificados no século XIX; do Código Civil da Espanha em 1889; e do Código da Holanda que recepcionou o Direito Civil Francês e teve influência do Direito Criminal Alemão.

Verifica-se que a exportação do Direito Civil, ou seja, da *Civil Law*, expandiu-se para lugares até mesmo nos quais não houve o domínio do Império Romano, sendo relacionados por Vieira (2007, p.53) os seguintes países adeptos na atualidade à tradição romano-germânica:

- 1) Na Europa – França, Alemanha, Bélgica, Holanda, Itália, Espanha, Portugal, Suíça, Áustria e, na fronteira asiática, Turquia; 2) No Norte da África – quase todos os países, incluindo Marrocos, Tunísia e Egito; 3) Na África do Sul – todas as ex-colônias francesas, belgas e portuguesas, incluindo Zaire, Angola e Moçambique; 4) No Oriente Médio – a Síria e a Jordânia; 5) A América Latina inteira, desde o México até a Argentina; 6) Nos Estados Unidos – o Estado da Louisiana; 7) No Canadá – a província de Quebec; 8) No Pacífico – Japão, Indonésia e Filipinas.<sup>61</sup>

Necessário dizer que o Judiciário nesses países é um dos Poderes do Estado, além do Executivo e Legislativo. Nesse sentido, a organização do Poder Judiciário ocorre de forma hierárquica, com tribunais de primeiro grau – juiz *a quo* – que prolata a decisão de primeira instância, a sentença; e, em segundo grau – juiz *ad quem* – os tribunais de segunda instância, que proferem os acórdãos, podendo o caso ser analisado ainda em sede de Tribunal Superior (VIEIRA, 2007, p.103).

Vieira (2007, p.104) ainda informa que em alguns países da *Civil Law*, ainda se adota a possibilidade de Tribunais Administrativos, como França, Áustria, Holanda, Finlândia e Itália; ou até mesmo, de Varas Administrativas, como Espanha, Suíça e Bélgica. Sem contar os países que embora não tenham as Varas Administrativas, têm suas raízes neste sistema, como o caso do Brasil, Japão, Dinamarca e Venezuela, dentre tanto outros.

---

<sup>61</sup> Idem, p. 53.

É também Vieira (2007, p.105) que salienta um importante aspecto a ser levado em conta: a União Europeia ocorrida no final do século XX, com a qual foi proporcionada a criação de um corpo sólido de legislação, integrando países da *Civil Law* com outros países tradicionais do outro sistema. Mesmo países que adotam sistema da *Common Law* passaram a manter alguma codificação, como os tratados internacionais, por exemplo, para realizar acordos internacionais e pactuar normas.

### 1.3 Da Segurança Jurídica no Sistema da *Common Law*

Os países que seguem a tradição da *Common Law* também almejam a segurança jurídica, mas buscam sua efetivação de forma diversa da *Civil Law*, fundamentando-se na isonomia e na igualdade para alcançarem a segurança jurídica por meio dos precedentes.

Antes de abordar os países com influência da *Common Law* e as diferenças entre a tradição da *Civil Law*, primeiramente será analisado o desenvolvimento do sistema da *Common Law* nos direitos, inglês e americano, tendo em vista o tratamento que será feito, para posteriormente no terceiro capítulo, tratar acerca dos precedentes nos países que seguem referida tradição.<sup>62</sup>

Nem sempre a igualdade e a necessidade de tratamento igual em casos aparentemente semelhantes proporcionam a segurança jurídica; nesse sentido, a utilização da política dos precedentes<sup>63</sup> valoriza de forma positiva, a análise do caso concreto e a utilização do *distinguishing*, ponto a ser abordado adiante.

Assim, o princípio da isonomia deve averiguar um tratamento igualitário juntamente com a atividade jurisdicional, ao analisar os aspectos tanto do espaço como do tempo, para a aplicação da norma. Não é possível aceitar que dois casos idênticos, no mesmo tempo e

---

<sup>62</sup> Também se tratará no terceiro capítulo a estrutura e os mecanismos dos precedentes, previamente à análise da possibilidade da aplicação dos mecanismos dos precedentes à Súmula Vinculante, como forma de proporcionar maior segurança jurídica no ordenamento pátrio.

<sup>63</sup> Situações fáticas idênticas podem sim ser tratadas distintamente, caso, por exemplo, tenham ocorrido em diferentes espaços de tempo. A distância temporal entre os acontecimentos permite reconhecer: i) o simples equívoco do entendimento pretérito (quer dizer, a injustiça da decisão anterior) ou ii) a inexistência de fatores externos que influenciaram no primeiro julgamento e que na sua ausência impõe a modificação do julgado. (...) importa perscrutar em que medida uma *política de precedentes* poderia influenciar positivamente na valorização desse direito fundamental, sob a ótica processual. Não se cuida, todavia, de examinar a igualdade de armas oferecidas aos litigantes (no contraditório e na ampla defesa, na produção de provas) ou na igualdade de acesso à justiça (com a isenção de custas processuais aos necessitados ou com a disponibilização de defensores públicos), nem mesmo a igualdade na oferta de técnicas processuais que minorem os danos eventualmente sofridos pela parte autora (v.g., a antecipação dos efeitos de tutela e o procedimento nos juizados especiais). (LIMA, 2013, p. 146-147).

espaço, tenham julgamento diverso, causando insegurança jurídica - daí a necessidade da utilização da doutrina dos precedentes.

Isso não significa que deve haver a vinculação do precedente para todo e qualquer caso, havendo a necessidade de analisar cada situação, sempre no intuito de oferecer previsibilidade e estabilidade das decisões judiciais em prol da segurança jurídica, evitando a descrença e a incerteza nos casos levados ao Judiciário.<sup>64</sup>

A necessidade de busca pela segurança jurídica por meio dos precedentes se faz diante a divergência da norma e também da jurisprudência, como constantemente verificado em países de tradição da *Civil Law* - como o Brasil – prejudicando a todos, seja operador do direito, cidadão comum e até mesmo o próprio Judiciário, gerando a imprevisibilidade e demonstrando a fraqueza do Judiciário diante da divergência nas decisões.<sup>65</sup>

Na tradição da *Common Law* verifica-se a busca pelo discurso de uma racionalidade, voltada para a interpretação e desenvolvimento do direito de forma íntegra, com o fim de tratar a todos com respeito e de forma igual; sendo que, atualmente diante a democracia liberal, os direitos humanos refletem na análise e no desenvolvimento desse sistema, proporcionando segurança jurídica. (BARBOSA, 2014, p.168).

Na função interpretativa dos juízes, o respeito à segurança jurídica juntamente com a previsibilidade e igualdade, valores moralmente aceitos na sociedade, quando pautados nos precedentes, possibilitam na *Common Law* a garantia, conforme relaciona Barbosa (2014,

---

<sup>64</sup> Note-se, contudo, que a segurança jurídica não é sinônimo de certeza. A certeza é conceito ligado às ciências exatas (*e.g.*, Matemática, Física, Engenharias etc.) e não pode ser transmudado para a Ciência do Direito. O operador do Direito não trabalha com a ideia de certeza, pois se trata de um grau de segurança inatingível. Por muito tempo se falou inclusive que o Direito Processual Civil perseguia a chamada verdade formal, enquanto o Processo Penal, a verdade material. Nem uma, nem outra, contudo, se confundem com a dita verdade absoluta. O que se cogita em afirmar é que tanto o Direito Processual Penal como o Civil devem trabalhar com a dita verdade possível, ou seja, aquela que mais se aproxima da realidade dos fatos judicializados. Em cada processo, o magistrado vai, ao seu modo e tempo, procurar, mediante as provas disponíveis e também legítimas, os fatos objeto da demanda, a fim de que sejam interpretadas e aplicadas corretamente as normas jurídicas que sobre eles incidam. (IBIDEM, p. 160-161).

<sup>65</sup> A divergência jurisprudencial é prejudicial a todos: i)- ao bom profissional do Direito, que quando precisar aconselhar um amigo, um cliente, um componente familiar ou mesmo lecionar um tema, não estará de um todo seguro de sua opinião, já que a qualquer tempo os tribunais podem expressar entendimento diferente sobre aquele assunto; ii) ao cidadão comum, mais ainda, pois leigo na Ciência do Direito, certamente, não compreenderá a falta de compromisso da magistratura para com a uniformidade de tratamento das questões assemelhadas; e iii) ao Judiciário, que despertará descrença e suspeitas de tratamento anti-isônomico em desfavor dos desafortunados. [...] Mais graves são os casos em que a imprevisibilidade afeta negativamente o próprio sistema, porquanto demonstra uma fraqueza interna do Judiciário e que o desautoriza perante a sociedade, tais como: divergência jurisprudencial interna em tribunal, ou seja, quando um órgão menos qualificado da corte não respeita a decisão de outro órgão mais qualificado da mesma corte; ou quando um juízo inferior profere decisão discrepante do entendimento sumulado ou pacificado pelo juízo *ad quem*. Uma política de respeito e seguimento de precedentes só de fato existe quando há previsibilidade das decisões. (IBIDEM, p. 165).

p.168) do “seguintes resultados: i) eficiência da justiça no sentido de economia do trabalho dos juízes; ii) eficiência no interesse das partes, no sentido de confiabilidade no que já foi decidido; iii) evitar (avoidance) litígios desnecessários [...]”.

Novamente frisa-se, que não pretende o presente estudo colocar o Sistema da *Common Law* como superior ao da *Civil Law*, e sim, como antes exposto, demonstrar que um direito mais previsível e estável reflete uma maior segurança jurídica ao Estado de Direito, possibilitando maior uniformidade nas decisões.

### 1.3.1. Desenvolvimento da *Common Law* no direito inglês

Em decorrência da expansão de Roma, o território atualmente da Inglaterra, pertenceu ao Império Romano, até por volta do quarto século depois de Cristo, estando sob a influência do Direito Romano. Entretanto, em virtude das invasões, principalmente dos bárbaros, foram colocados princípios pagãos sobre os cristãos. Numa tentativa de retomar os princípios cristãos, foi enviado para aquela região Santo Agostinho, que também introduziu os moldes romanos pertinentes às tributações, com leis escritas a serem cumpridas, conforme Vieira (2007, p.108).

Contudo, com a queda do império romano, essa influência acabou por diminuir, e as invasões propiciaram o surgimento de um novo modelo de direito. Por volta de 1016, o território Inglês, assim como o Norueguês e o Dinamarco, sofreu a denominação rei Cnut (dinamarquês), com sistema de leis locais com princípios próprios. (VIEIRA, 2007, p.108).

Posteriormente ao período acima, a doutrina clássica divide o direito Inglês em quatro fases, quais sejam: o período anglo-saxônico; a formação da *Common Law* (1066-1485); a rivalidade com a *equity* (1485-1832) e o período moderno.<sup>66</sup>

O primeiro período, também denominado anglo saxão, foi a fase do domínio romano que não deixou muita influência. Diferente do segundo período, que é a fase da formação da *Common Law*, há um poder centralizado, forte e rico, exercido por Guilherme, o Conquistador, em virtude da invasão normanda em 1066.

---

<sup>66</sup> Podem reconhecer-se quatro períodos principais na história do direito inglês. O primeiro é o período anterior à conquista normanda de 1066. O segundo, que vai de 1066 ao advento da dinastia Tudors (1485), é o da formação da *common law*, no qual um sistema de direito novo, comum a todo reino, se desenvolve e substitui os costumes locais. O terceiro período, que vai de 1485 a 1832, é marcado pelo desenvolvimento, lado da *common law*, de um sistema complementar e às vezes rival, que se manifesta nas “regras de equidade”. O quarto período, que começa de 1832 e continua até os nossos dias, é o período moderno, no qual a *common law* deve fazer face a um desenvolvimento sem precedentes da lei e adaptar-se a uma sociedade dirigida cada vez mais pela administração. (DAVID, 2002, p.356).

David (2002, p.358) aponta que este poder centralizado e forte é a característica que diferenciou do feudalismo visto nos demais países europeus, tais como a França, Alemanha e Itália. Na Inglaterra, para proteger-se do perigo de vassalos com excesso de poder, Guilherme, o Conquistador, não formou feudos na distribuição de terras, chegando inclusive a editar em 1290 a lei que proibia a “subenfeudação”; centralizando, com isso, a dependência do povo em relação ao rei.

A expressão *Common Law* advém da gíria normanda, que traduzia os costumes locais aplicados pela assembleia *County Court*, na qual as partes deveriam provar suas alegações. Posteriormente, as cortes são substituídas por jurisdições de senhoriais, que eram de grande valia para os Tribunais Reais de Justiça (Tribunais de Westminster), no século XIII. Para se dirigir às Cortes, os juristas pautavam-se em casos já decididos, e o julgador, mesmo não sendo obrigado a decidir da maneira do *Case Law*, se sentia compelido a fazer do mesmo modo. (VIEIRA, 2007, p.115).

Ademais, os Tribunais Reais se estenderam de certa maneira que não só os *Chanceleres*<sup>67</sup> mas os juízes reais pretendiam analisar o maior número de casos possíveis.<sup>68</sup>

A segunda fase do direito inglês, também conhecida como da *equity*, que surge como rival dos tribunais da *Common Law*, “estava exposta a um perigo duplo: o de não poder desenvolver-se com liberdade suficiente para dar satisfação as necessidades da época, e o de esclerose resultante da rotina dos homens de leis”. (DAVID, 2002, p.370).

O descontentamento dos particulares em não ter uma decisão justa, até mesmo diante do grande volume dos Tribunais de Westminster, levavam os particulares a realizar recursos que, após passar pelos Chanceleres, poderiam chegar nas mãos do rei, para que decidisse sobre a lide no seu Conselho. Entretanto, com a Guerra das Duas Rosas, o rei começa a ter dificuldade para estatuir seu Conselho e, no século XV, o Chanceler conquista cada vez mais autonomia para formar o Conselho em nome do rei, com decisões mais sistemáticas, com

---

<sup>67</sup> Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante ao pagamento de à chancelaria. Além disso, pode ainda dirigir-se diretamente aos juízes através de queixas ou petições (querela, *billa*). Alguns *writs* parecem ter sido a simples cristalização de uma prática judiciária estabelecida com fundamento nestas queixas. (DAVID, 2002, p.362).

<sup>68</sup> Os tribunais Reais são, por outro lado, impelidos a alargar a sua competência pelas solicitações particulares, a quem a justiça real surge como muito superior à das outras jurisdições. Só os Tribunais reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os tribunais Reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto as outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas. (IBIDEM, 2002, p.361).

ênfases em doutrinas equânimes, também aplicados nos Tribunais Reais. (DAVID, 2002, p.372).

Desta feita, os juízes com das diferentes cortes, criaram o hábito de se reunirem para decidir os casos difíceis em julgamentos realizados nas “Câmaras Exchequer”, motivo pelo qual, todos os casos complexos para lá levados, após a decisão final, voltavam a sua origem onde devia ser seguida a decisão superior. Essas decisões tinham grande prestígio e influenciavam as sentenças, uma vez que mesmo um juiz estando em desacordo com os demais, acabava por adotar o pensamento contrário, ao seu. Em nome da segurança jurídica, concordava com a maioria, originando os precedentes.<sup>69</sup>

Para garantir maior precisão dos precedentes, surge a figura dos *Law Reports*<sup>70</sup>, compilações dos casos e respeitadas decisões para facilitar a aplicação dos precedentes. O juiz *Coke*, foi um grande exemplo de editor dos *Law Reports*. Pautado nos precedentes, ele tentava ordenar e preservar os princípios nos julgamentos; buscava aperfeiçoar as regras dos Tribunais, e, ao julgar os casos mais recentes, tentava averiguar a possibilidade de conciliar ou não decisões contrárias e estabelecer a diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* (conceitos a ser estudados no último capítulo). (TUCCI, 2004, p.156).

A doutrina de *Coke* influenciou o controle dos atos do parlamento e do Soberano. A Revolução Gloriosa de 1688 e o instituto da *supremacy of the parliament* vieram consequentemente declarar a supremacia do legislativo, servindo como forma de controle das colônias britânicas, que ficaram proibidas de editar quaisquer atos contrários ao direito inglês.<sup>71</sup>

<sup>69</sup>Em 1483, numa das decisões tomadas por maioria pela Câmara Exchequer, o Juiz-Chefe, ao pronunciar o julgamento, explicou que, apesar de discordar da decisão da Câmara, ele era obrigado a adotar opinião da maioria. Esse julgamento foi um marco na história dos precedentes. Era óbvio que a decisão da Câmara Exchequer obrigava os juízes que dela faziam parte, juízes que julgassem casos subsequentes envolvendo princípios já discutidos pela Câmara, se sentiram obrigados a adotar tais princípios. Nos séculos XVI e XVII, ficou estabelecido que as decisões tomadas pela Câmara Exchequer seriam precedentes vinculantes – ou seja – os juízes deveriam observar os princípios desenvolvidos no julgamento de um caso na Câmara Exchequer ao julgarem outro caso que envolvesse litigiosidade semelhante. Essa foi a primeira vez que um sistema de precedentes foi estabelecido. Mas, até então, só as decisões da Câmara de Exchequer tornavam-se precedentes obrigatórios. Ainda assim, havia circunstâncias em que as Cortes de Justiça julgavam-se livres para não adotar os precedentes. (VIEIRA, 2007, p.116).

<sup>70</sup>Em meados do século XVI, seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituídos pelos *Law Reports*, em formato muito próximo aos repertórios de época moderna, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. É evidente que esse novo método possibilitava maior precisão no estudo e manuseio das anteriores decisões à guia de *precedentes*. Tornaram-se famosas as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke, este considerado o fundador do *precedente judicial*, tendo publicado, a partir de 1600, 11 volumes de repertórios (*Coke's Reports*), no exercício da função de *Chief Justice os the Common Pleas*. (TUCCI, 2004, p.155).

<sup>71</sup>O Parlamento com a Revolução Gloriosa venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante da preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se

Os relatórios com o teor dos julgamentos e os argumentos utilizados pelos operadores do direito são considerados como fontes do direito na tradição da *Common Law*. As sentenças bem fundamentadas são como “escrever com equidade”, razão pela qual no sistema da *Common Law*, o juiz é uma espécie de legislador, conhecido como *judge-made-law*, ou seja, o juiz faz as leis.<sup>72</sup>

Roborando o assunto, cabe mencionar o quarto período do direito inglês, também conhecido como período moderno, que teve início em 1832 e perdura até os dias atuais; representando grande marco para o direito britânico, em virtude das ideias democráticas, e modificando a organização judiciária por meio dos *Judicature Acts*, que acabaram com as distinções entre tribunais da *Common Law* e do *Equity*.<sup>73</sup>

Importante pontuar que o protestantismo e o capitalismo estão relacionados com o direito britânico, isto porque o modo de vida daqueles que seguiram a religião protestante, motivou o crescimento do capitalismo. Marinoni (2014, p; 18) afirma ser inquestionável o fato que os católicos tinham maior relação com áreas humanísticas enquanto os protestantes criavam estabelecimentos e preparavam os seus, para profissões voltadas para o comércio, indústria e negócios.

---

misturar. Assim, aí não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante do poder real. Ademais, a Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. Assim, toda e qualquer norma elaborada pelo legislativo estaria inserida dentro do *common law*, na busca de afirmação dos direitos e liberdades do povo inglês contra o rei. A Revolução, bem por isso, não teve a pretensão de elevar a lei a uma posição suprema ou a intenção de dotar o Parlamento de um poder absoluto mediante a produção do direito. (MARINONI, 2013, p. 44).

<sup>72</sup>Dizer que o direito inglês é predominantemente Judiciário significa dizer que a fonte primária do seu direito são as decisões judiciais, sendo de extrema importância o papel criador de seus juízes (*judge-made-law*), dando-se reconhecimento à autoridade de seus precedentes. (...) Ainda, dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios abstratos e nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case law*, em que os juízes são práticos e cuja função é aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar a novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente. (BARBOSA, 2014,p.46).

<sup>73</sup>A organização judiciária, por outro lado, é profundamente modificada em 1873-1875 pelos *Judicature Acts*, que suprimem a distinção formal dos tribunais da *common law* e do Tribunal do *equity* na Chancelaria: todas as jurisdições inglesas passaram a ter competência para aplicar do mesmo modo as regras da *common law* e as de *equity*, contrariamente à situação anterior em que era necessário ir a um tribunal de *common law* para obter uma solução de *common law* e recorrer ao Tribunal de Chancelaria para obter uma solução de *equity*. No que se refere ao direito substantivo, realizou-se uma notável obra clarificadora (ab rogação de leis em desuso) e ordenadora (*consolidation*), libertando o direito inglês de soluções arcaicas e esforçando-se, em vários domínios, por apresentar sistematicamente suas regras. (...) Os instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês são, desde então, no que diz respeito a jurisprudência e legislação, a nova coleção dos *Law Reports* (criada em 1865), e no que se refere à exposição sistemática do direito inglês, a enciclopédia das *Laws of England*, publicada sob a direção de Lorde Halsbury. (DAVID, 2002, p. 375).

Rejeitando a forma de ver o mundo sob a visão católica, os protestantes entendiam que a glorificação divina deve ocorrer todos os dias pelo cumprimento do dever de exercer a profissão, sendo a prática dos deveres intramundanos a única forma de agradar a Deus<sup>74</sup>. O trabalho, na visão protestante (principalmente daqueles que eram adeptos ao calvinismo), como meio de devoção a Deus, foi o grande propulsor do capitalismo, no sentido de que o lucro nada mais era que o resultado das condutas de uma vida sistemática, praticadas em louvor à Deus, condenando-se aqueles que mergulhavam no consumo e no luxo. (MARINONI, 2014, p.21).

Os calvinistas acreditavam que o meio cabível para encontrar a salvação não era praticar obras ou sacramentos, como pregavam os católicos, mas era comprovar que fora eleito por Deus<sup>75</sup> e consideravam que o meio de agradar a Deus era o dever profissional relacionado com a responsabilidade, razão pela qual criaram um controle racional da conduta humana que leva à previsibilidade de seus atos e conseqüentemente, à previsibilidade do direito para exercer seu labor de modo devido. Para Marinoni, (2014, p.26) “os valores do protestantismo, do mesmo modo que têm íntima relação com o ‘espírito’ do capitalismo, igualmente podem ser associados à racionalidade do direito”.

O protestantismo colaborou com a questão da racionalidade, inclusive no direito, principalmente no que diz respeito sobre a possibilidade de previsibilidade, ponto esclarecido por Marinoni (2014, p.35-36), segundo a visão de Weber:

Porém, a ideia de previsibilidade, em Weber, é muito mais ampla e apenas pode ser compreendida a partir da percepção do que ele entende por sistema jurídico, ou mais precisamente dos conceitos que, segundo ele, o sustentam,

<sup>74</sup> Pretende-se evidenciar que os protestantes, ao contrário dos católicos, rejeitam a ascese monástica (vista como ascese extramundana) como meio de salvação, vendo o estrito cumprimento dos deveres intramundanos o único meio de viver que agrada à Deus. A glorificação a Deus, segundo o protestantismo, deveria ocorrer nas práticas cotidianas, não na reclusão de uma vida moástica. O dever de bem exercer a profissão, assim, seria um dos efeitos da Reforma. Daí a ideia de “vocação profissional” em Lutero e, mais precisamente, a relação entre um modo de viver influenciado pelo protestantismo – em especial pelo calvinismo – e o “espírito” do capitalismo. (...) Weber trata, (...), “fundamentos religiosos da ascese intramundana”. Ou seja, dos valores da religião protestante que teriam conduzido à ideia de que a devoção a Deus deve ser demonstrada mediante as práticas e condutas que fazem parte do cotidiano, como a busca de perfeição no exercício da profissão. (IBIDEM, 2002, p. 19).

<sup>75</sup> Como é sabido, o conteúdo do calvinismo é fortemente marcado pela doutrina da predestinação, tal como posta na Confissão de Westminster, de 1647, em que está consignado que, “por decreto de Deus, para a manifestação de Sua Glória, alguns homens são predestinados (*predestinated*) à vida eterna e outros preordenados (*foreordained*) à morte eterna” (Capítulo III, n.3). E ainda: “Aqueles do gênero humano que estão predestinados à vida, Deus, antes de lançar o fundamento do mundo, de acordo com o Seu designo eterno e imutável, Sua secreta deliberação e o bel-prazer de Sua vontade, escolheu-os em Cristo para Sua eterna glória, por livre graça e por amor, sem qualquer previsão de fé ou boas obras, ou de perseverança numa e noutras, ou qualquer outra coisa na criatura, como condições ou causas que O movessem a tanto, e tudo em louvor da Sua gloriosa graça” (Capítulo III, n.5). (IBIDEM, 2002, p.23).

quais sejam: os conceitos da abrangência e clareza organizacional. Como esclarece Kronman, uma ordem é abrangente somente se não houver, em princípio, ações sociais que fujam ao seu alcance e se ela não contiver lacunas ou omissões, e possui clareza organizacional se os princípios que a sustentam forem “nitidamente claros e aplicados de modo autoconsciente”. Isso quer dizer que, para Weber, quanto mais abrangente o organizacionalmente claro for determinado ordenamento jurídico mais previsível serão as consequências das ações sociais praticadas sob a sua guarda. [...] Não existe identidade entre racionalidade formal do direito e previsibilidade, uma vez que a previsibilidade é uma *consequência* de um sistema jurídico a despeito da sua maior ou menor racionalidade. A previsibilidade é o objetivo de um sistema dotado de abrangência e clareza organizacional, mas pode decorrer de um sistema menos racional ou até de um direito formalmente irracional, como é o primitivo *common law* inglês para Weber.

Conclui-se, que os valores e a cultura de um povo podem influenciar diretamente o ordenamento vigente e a justiça do Estado, e no caso em tela, os valores protestantes foram de grande importância e contribuição para a formação do capitalismo e para o desenvolvimento da quarta fase, que perdura até os dias atuais para a valorização da ética, da moral e da racionalidade econômica e conseqüentemente, terem proporcionando um direito voltado aos preceitos da segurança jurídica, buscando a previsibilidade e estabilidade.

### 1.3.2 Sistema da *Common Law* no direito norte americano

Inicialmente voltada para a exploração do Oriente, a colonização inglesa foi tardia em relação das outras coroas, se iniciando-se no final do século XV e início do século XVI, após a Guerra das Duas Rosas, em virtude da ascensão da Dinastia Tudor, conforme artigo “A colonização da América do Norte, publicado Historianet”<sup>76</sup>. Esse período da colonização durante a terceira fase do direito inglês, já informada no item acima, a fase do *equity*.

Já no século XVII, diante da força e do comércio inglês e fortalecimento da burguesia, além das consequências geradas pelos “cercamentos”<sup>77</sup> e da perseguição religiosa de outra camada de burgueses, denominados puritanos, verificam-se os elementos que

<sup>76</sup> [S.I.: s.n.], [entre:1999 e 2016].

<sup>77</sup>Os cercamentos legais foram um fenômeno ocorrido na Inglaterra de Guilherme de Orange desde o século XVII, que marcaram o início da Revolução Industrial, considerada uma das maiores revoluções do mundo.No modo de produção feudal, a terra era um bem comum para a produção camponesa. A partir do momento em que se processa a transição para o modo de produção capitalista, a terra passou a ser encarada como um bem de produção. Desse modo, uma parte dos senhores feudais ingleses - a "*gentry*" (nobreza rural mais progressista, aburguesada) e os "*yeomen*" (camada mais rica dos pequenos e médios proprietários), passaram a cercar as suas terras (cercamentos), arrendando-as como pastagens para a criação de ovelhas, e delas expulsando os camponeses. (CERCAMENTOS, [entre 2014 e 2016]).

influenciaram a colonização da América do Norte. Em 1620, os puritanos, também chamados de “peregrinos do *mayflower*”, migram para a América do Norte, iniciando a colonização norte-americana, que resultou com o passar do tempo no total de 13 colônias, autônomas entre si, mas subordinadas à monarquia inglesa. (A COLONIZAÇÃO DA AMÉRICA DO NORTE, [entre 1999 e 2016]).

Acontece que no século XVIII, inicia-se uma fase de crise entre os reinos absolutistas, incluindo a Inglaterra e, diante dos ideais iluministas, as Treze Colônias se uniram com o fim de cessar os abusos da Coroa, na exploração dos colonos em decorrência do esvaziamento dos cofres após a Guerra dos Sete Anos (1756-1763).<sup>78</sup>

Nessa toada, em 04 de julho de 1776, os colonos proclamaram a independência em relação à Coroa Inglesa, servindo de exemplo para as demais colônias, e em 1787 é promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América, adotando o republicanismo e federalismo como forma de sistema político. (SOUZA, [entre 1999 e 2016]).

O direito norte-americano durante o período colonial, era voltado, para a *Common Law*; contudo, diante dos problemas apresentados aos colonos, bem diferentes da realidade feudal da Inglaterra, e ante a resistência dos peregrinos que fugiam da perseguição religiosa, buscou um direito primitivo, voltado para os preceitos bíblicos, dando início a diversas codificações locais. (DAVID, 2002, p. 450).

Diante da transformação econômica, surgiu o desejo por maior liberdade, como a conquistada do absolutismo real e o novo Estado se viu diante da divisão entre aqueles que optavam pela *Common Law* e os defensores da Codificação, acabando por prevalecer em muitos Estados a adoção dos Códigos.<sup>79</sup>

<sup>78</sup>Em 1764, a chamada Lei do Açúcar obrigava os colonos a pagar uma taxa adicional sob qualquer carregamento de açúcar que não pertencesse às colônias britânicas. Com tal exigência, a autonomia econômica dos colonos começava a ser ameaçada. No ano seguinte, a Lei do Selo exigia a compra de um selo presente em todos os documentos que circulassem pelo território. Já em 1773, a Lei do Chá obrigava a colônia a consumir somente o chá oriundo das embarcações britânicas. Inconformados com tais desmandos e inspirados pelos escritos dos pensadores John Locke e Thomas Paine – francos opositores da dominação colonial – os colonos norte-americanos começaram a se opor à presença britânica nas Treze Colônias. Em dezembro de 1773, organizaram uma revolta contra o monopólio do chá que ficou conhecida como Boston Tea Party. Intransigente aos protestos coloniais, a Inglaterra decidiu fechar o porto de Boston (local da revolta) e impor as chamadas Leis Intoleráveis. No ano seguinte, reunidos no Primeiro Congresso da Filadélfia, os colonos redigiram um documento exigindo o fim das exigências metropolitanas. No Segundo Congresso da Filadélfia, ocorrido em 4 de julho de 1776, os colonos resolveram romper definitivamente com a Inglaterra, proclamando a sua Independência. Não reconhecendo as resoluções do Congresso da Filadélfia, a Inglaterra entrou em conflito com as 13 colônias. Esses confrontos marcaram a chamada Guerra de Independência das Treze colônias. Apoiados pelos franceses, inimigos históricos da Inglaterra, as Treze Colônias venceram a guerra, tendo sua independência reconhecida em 1783. (SOUZA, Rainer. A independência dos Estados Unidos. (SOUZA, [entre 1999 e 2016]).

<sup>79</sup> Até meados do século XIX, poder-se-á hesitar sobre o desfecho da luta que vai travar-se na América entre aqueles que preferem a *common law* e os defensores da codificação. Uma comissão legislativa pede, em 1846, em Massachusertts, a redação de um código; a Constituição do Estado de Nova York, em 1846, prevê a

Em que pese ter prevalecido a adoção dos Códigos, a tradição do *Common Law* permaneceu nos Estados Unidos da América, com exceção na Louisiana. Isto porque a língua inglesa já estava enraizada, assim como as escolas de direito, caracterizando um misto entre sistema romano germânico e *Common Law*.

A entrada do século XVIII foi marcada por um direito já desenvolvido e se distanciando da política tributária da Inglaterra. A formação federativa com divisão a nível estadual e federal; em sua maioria, com jurisdição de primeira instância e possibilidade de recursos que pudesse chegar ao tribunal supremo. Ademais, a maioria dos Estados adotou o sufrágio universal como sistema para escolha dos magistrados que preenchessem os pré-requisitos. (VIEIRA, 2007, p.207).

No século XIX, assim como o direito britânico, o direito norte americano, sofreu modificações no que diz respeito ao formalismo e acabou com a dualidade entre *Common Law* e *Equity*, conforme esclarece David (2002, p.456). O fim continuou no século XX; contudo, o direito americano evoluiu com marcas próprias, diferenciando-se dos ingleses, a começar pela adoção do Federalismo. (DAVID, 2002, p.459).

Isto porque, após a guerra de Independência dos Estados Unidos, a Constituição americana, aprovada em 1787, incorporou os valores iluministas, por intermédio dos *founding fathers* – pais fundadores – e acabou servindo como exemplo a muitos outros Estados, principalmente para o Brasil, quando diante de aspectos do Direito Constitucional (SOUTO, 2015, p.3), como por exemplo em relação ao controle de constitucionalidade.

Cabe esclarecer que tanto o direito americano quanto o inglês, foram pautados na jurisprudência e nos precedentes. Interessante acontecimento em 1989 foi o *Judiciary Act*, sendo que na ausência de lei do direito norte-americano, os Estados tem liberdade para constituir suas jurisdições, desenvolvendo regras federais da *Common Law*. (DAVID, 2002, p.465).

A utilização dos precedentes por parte dos americanos possui um caráter mais flexível quanto à sua vinculação, principalmente nos órgãos inferiores, tornando mais flexível

---

redação de um código escrito e sistemático, englobando a totalidade do direito do Estado; ainda em 1854, o historiador de direito inglês, sir Henry Maine, prevê a adesão dos Estados Unidos ao sistema romano-germânico. Diversos acontecimentos parecem anunciar, ou favorecer, esta conversão; diversos Estados, no início da independência, proibiram a citação dos acórdãos ingleses proferidos depois de 1776; numerosos territórios são anexados à União, nos quais é aplicado, pelo menos em teoria, o direito francês ou o direito espanhol e onde não existe nenhuma tradição de *common law*; a América povoou-se de uma multidão de novos emigrantes, vindos de países em que a *common law* é desconhecida ou nos quais, se pensar nos irlandeses, o que é de origem inglesa e pouco desejado; Pothier e Domat são traduzidos em inglês nos Estados Unidos; um numeroso movimento simbolizado em Nova York pelo nome de David Dudley Field, reclama a codificação do direito America e consegue fazer com que numerosos Estados adotem códigos de processo civil e criminal e de direito penal. (DAVID, 2002, p.452-453).

à doutrina do *stare decisis*; havendo nesse sentido inclusive decisões das Supremas Cortes, pautando nas particularidades de cada caso e na questão de legislação conflitante.<sup>80</sup>

A Corte tem o livre arbítrio para afastar o precedente – interpretação negativa do precedente - como para utilizá-lo, quando entender pertinentes as razões que o justificam – interpretação positiva do precedente - o que fundamenta a cultura norte-americana desde a universidade formar seus alunos com método de ensino de acordo com o valor do precedente e a necessidade de sua compreensão. (LIMA, 2013, p.112).

Cumprir observar que a estrutura e o desenvolvimento do precedente serão tratados no último capítulo do presente trabalho, proporcionando maior entendimento da postura do Corte Americana, pautada nos chamados *Case Law*, e desenvolvimento até os dias atuais.

Outros dois aspectos a serem levados em consideração são o do equilíbrio do federalismo e a questão da segurança do Estado norte americano. Em relação ao equilíbrio do federalismo americano, Souto (2015, p.132-133) esclarece que o mesmo advém da Constituinte de 1787, que optou pela formação do Legislativo de forma bicameral, estabelecendo para o Senado a função de representante dos Estados com o fim de viabilizar a organização da “federação ianque”<sup>81</sup>.

Com relação à segurança nacional, caminhos severos foram tomados em busca da proteção do Estado, principalmente no século XX, no sentido do Governo se posicionar na proteção dos americanos. Esta postura protecionista foi visível principalmente com a realocação dos japoneses que residiam nos Estados Unidos, em decorrência do com o ataque do Pearl Harbor<sup>82</sup>, as medidas que restringiam a liberdade, após o ataque de 11 de setembro<sup>83</sup>,

---

<sup>80</sup>Em verdade, a força dos argumentos utilizados na decisão é que garantirá a legitimidade, permitindo sobressair-se e afastar o precedente. Foi o que costumeiramente no direito americano denominou-se interpretação negativa do precedente, seja para distinguir a situação examinada do suposto paradigma, seja para aplicar um dispositivo legal mais específico ao caso, seja ainda para entender que as razões que motivaram o caso paradigma encontram-se superadas. (LIMA, 2013, p.110-111).

<sup>81</sup> A Convenção Constituinte de 1787 opta pelo Legislativo bicameral, atribuindo ao Senado a condição de representante dos Estados, mecanismo que, em tese, poderá aplacar eventual espírito centralizador do governo da União e de Estados-membros mais populosos, na medida em que sua composição, diferentemente da Câmara dos Deputados (*House of Representatives*), é paritária, independente do número de eleitores por cada Estado. Cada Estado elegia, como ainda elege, o mesmo número de Senadores. O Senado, portanto, é fruto de um compromisso histórico que em muito concorreu para viabilizar a federação ianque. [...] A busca de equilíbrio não foi suficiente, porém, para evitar, logo nas primeiras décadas de existência dos Estados Unidos, conflitos de interesses entre os Estados-membros e o governo federal. Um desses conflitos deu origem a uma decisão proferida pela Suprema Corte que, na prática, equivaleu – em magnitude e do pondo de vista de alteração do conteúdo – a uma minirreforma constitucional, dessas que o Brasil assistiu a partir da última década do século XX e veiculadas através de (sic) sucessivas emendas e amplas emendas constitucionais. (SOUTO, 2015, p. 132-133).

<sup>82</sup> A Segunda Guerra Mundial, como se sabe, teve início na Europa, com a invasão da Polônia pelas tropas de Adolfo Hitler, em setembro de 1939. Logo em seguida o conflito se estendeu, com a ocupação do território, contra a Dinamarca, Noruega, Bélgica, Holanda e França. Nos dois primeiros anos, os Estados Unidos se

e com a questão da fixação de uma prisão de segurança máxima na base Naval da Baía da Guantánamo<sup>84</sup>.

Verifica-se que a *Common Law* desenvolvida no direito norte americano se posiciona de modo diverso da estabelecida no direito inglês, principalmente no que diz respeito aos atos

---

mantiveram neutros, embora desde que a França caiu sob o domínio alemão passaram a fornecer ajuda logística (equipamentos militares) à Inglaterra. A neutralidade ianque restou quebrada com o ataque surpresa do Japão (em 1940 já havia firmado uma aliança militar com a Alemanha) à base naval de *Pearl Harbor*, em 7 de setembro de 1941. [...] Havia, inclusive, rumores de que o Japão poderia invadir a Costa Oeste do país do mesmo modo como tinha invadido vários países da Ásia, a exemplo da China e Filipinas. [...] Ora, se havia espões no Havai capazes de propiciar informações estratégicas ao Japão, como ocorrera no ataque de *Pearl Harbor*, era perfeitamente possível que entre os mais de 100 mil japoneses e descendentes que viviam na Costa Oeste algum pudesse passar informações relevantes acerca das instalações no continente. Esse relatório foi decisivo para a adoção da *Executive Order 9066*, assinada pelo Presidente Franklin Roosevelt em 19 de fevereiro de 1942, pouco mais de dois meses o ataque do *Pearl Harbor*. [...] Como observado anteriormente, embora a Ordem Executiva tivesse um caráter genérico (*any or all persons*), os destinatários eram, de antemão, por demais conhecidos: japoneses e descendentes residentes na Costa Oeste, e, numa escala menor, os alemães. Sua materialização, vale dizer, sua transformação de veículo abstrato, genérico, em ato concreto, como a ordem para que os japoneses e descendentes devessem permanecer em “zonas restritas”, “realocados”, para usar terminologia largamente utilizada na época, ocorreu com a *Public Proclamation* nº1 (proclamação pública), assinada pelo General John DeWitt. Tratava-se de uma espécie de Portaria com as especificações acerca da “realocação”. Algumas semanas após a adoção da Ordem 9066, o Congresso nacional aprovou um ato legislativo tipificando como crime qualquer conduta que importasse na violação da Ordem presidencial de confinamento. (IBIDEM, 2015, p. 164-166).

<sup>83</sup> [...] o *Bill of Rights* norte-americano somente foi oficialmente proposto após o término dos trabalhos constituintes, posterior inclusive a ratificação do texto constitucional por alguns Estados-membros. Sua implementação resulta da pressão de algumas figuras de proa, políticos e doutrinadores, que insistiram na indispensabilidade de o país dispor de legislação constitucional assecuratória dos direitos e garantias. [...] A longevidade e absoluta relevância desse documento não se constituíram em óbices a que no início do século XXI a Casa Branca propusesse medidas normativas que contrariavam toda essa tradição de convívio e proteção aos direitos e garantias. É inegável que após o 11 de setembro, especificamente sob a Presidência de George W. Bush (2001/2009), o *Bill of Rights* e outros dispositivos assecuratórios da Liberdade foram, para o dizer mínimo, diminuídos, [...] especialmente a Ordem Militar de 13 de novembro, que como promulgada, nos seus precisos termos, se afigurava como uma ameaça direta para aproximadamente 20 milhões de estrangeiros residentes nos Estados Unidos, que teriam que conviver com uma espécie de espada de Dâmocles, o que resultava numa situação que, segundo Tribe sob os termos da Constituição. (IBIDEM, 2015, p. 180-182).

<sup>84</sup> Guantánamo, em Cuba, se transformou em símbolo dos equívocos cometidos pelo governo Bush (2001-2009) na condição de combate ao terrorismo. A presença oficial dos Estados Unidos da América em Guantánamo tem início em 1903, com a celebração de um acordo em que os norte-americanos reconheciam a soberania de Cuba, que por sua vez consentia que durante o período da ocupação os Estados Unidos poderiam exercer total jurisdição e controle sobre a área objeto de acordo. Em 1934, o acordo foi modificado e passou a prever que a Base Naval de Guantánamo permaneceria sob a jurisdição dos Estados Unidos enquanto não houvesse abandono por esse país. Por mais estranho que possa parecer, nos termos do acordo celebrado na década de 1930, é correto afirmar que Cuba muito dificilmente retornará a exercer sua soberania sobre o território de Guantánamo, considerando que é exatamente improvável que os Estados Unidos irão “desistir” de permanecer ocupando aquela parte do território cubano. [...] Em 11 de janeiro de 2002, os primeiros 774 detentos chegaram à base Naval de Guantánamo. Desses, a esmagadora maioria havia sido detida no Afeganistão, Paquistão, e alguns poucos em ações em outros países, inclusive da Europa, que homiziava células da Al-Qaeda. A escolha de Guantánamo para servir como prisão de segurança máxima dos combatentes inimigos estrangeiros acolhia uma estratégia digna de filme de segunda classe. A administração do Presidente Bush, provavelmente sua linha mais dura (denominada pela imprensa como “falcões”), traçou plano de, por vias transversas, deixar os detentos de Guantánamo fora da jurisdição de qualquer país, tribunal ou instituição nacional ou estrangeira. (IBIDEM, 2015, p. 185-186).

de segurança nacional, necessitando de constantes limites pela Corte Suprema para não extrapolarem a liberdade individual e coletiva, concretizando a teoria dos direitos fundamentais, construída desde o processo de Independência norte americana, com casos que serão melhor apresentados no terceiro capítulo.

### 1.3.3 Alguns países com influência da tradição da *Common Law*

Não se pode olvidar que as famílias da Civil Law, da Common Law e até mesmo dos direitos socialistas – objeto distinto do presente estudo – influenciaram todo o mundo contemporâneo. Fato este perceptível na Europa, América, África e Ásia, permite concluir que não há nenhum país, por mais evoluído ou não, que não possua características desses sistemas, conforme afirma David (2002, p.509).

Os países que sofreram influência da tradição da *Common Law*, em sua maioria, são em virtude da colonização inglesa. Tem-se como um exemplo o Canadá, onde, em que pese muitos considerarem a existência de um sistema misto entre *Civil Law* e *Common Law*, é possível constatar que a *Common Law* prevaleceu em todas as províncias do país com exceção de Quebec<sup>85</sup>.

Além de ser base do direito para a Inglaterra, País de Gales, Irlanda, Irlanda do Norte e Estados Unidos da América, este como já pontuado com exceção da Louisiana, a tradição da *Common Law* é seguida por países como Austrália e Nova Zelândia, e ainda pelos países colonizados pela coroa inglesa na África do Sul, Índia, Malásia, Paquistão, Singapura, Hong Kong, Brunei. (COMMON LAW, [entre 1996 e 2016]).

Nesse diapasão, cumpre mencionar que no na Índia, com exceção do Estado de Goa, existe um misto da *Common Law* com o direito Hindu; assim como na Nicarágua existe um misto, contudo entre a *Common Law* britânica com a tradição romano-germânica, em decorrência tanto da influência da Coroa britânica como da intervenção dos Estados Unidos posteriormente. (COMMON LAW, [entre 1996 e 2016]).

---

<sup>85</sup> [...] não há como negar a influência do sistema Romano-Germânico, e mais especificamente, do Direito Francês, na *Common Law* praticada nas cortes canadenses. Grande parte dos princípios desenvolvidos nos Códigos em vigor na província de Quebec foram absorvidas nos julgamentos dos casos sob as jurisdições da *Common Law*. Da mesma forma – não necessariamente nas mesmas proporções – princípios desenvolvidos nos chamados *Case Law* passaram a vigor também na província de Quebec. O mais interessante sobre essa duplicidade de sistemas é a forma de funcionamento da Suprema Corte do Canadá. Num sistema de colegiado judicial, juízes de jurisdição da *Civil Law* para julgarem casos de nove províncias sob os auspícios da *Common Law* e da província de Quebec sob o sistema Romano-Germânico. (VIEIRA, 2007, p. 213).

### 1.3.4 Diferenças entre os sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*

Ao analisar o contexto histórico de cada tradição – *Civil Law* e *Common Law* – o ponto crucial para sua distinção ocorreu durante o século XVI. Isto porque a França adotava o sistema romano, principalmente o sul francês, enquanto a Inglaterra usava a lei de forma subsidiária, após findar-se os meios ofertados pelo direito consuetudinário.<sup>86</sup>

Outro aspecto a ser levado em consideração foi o fato da dominação romana não ter muita ligação com o direito inglês<sup>87</sup> do qual originou a *Common Law* – resultando um direito com respaldo nos dizeres dos tribunais de justiça desde a conquista normanda; observando se o interessante aspecto dos juristas deste sistema, em sua grande maioria, não possuírem título universitário até o século XIX. (STRECK e ABOUD, 2013, p. 19).

A história demonstra claramente a diferença dos dois sistemas, principalmente porque a Inglaterra - *Common Law* - não aceitava a forma utilizada pelo Sistema da *Civil Law*, sob o argumento de não representar a prática cotidiana de seus tribunais.

Em que pese os dois sistemas adotarem como fontes do direito as leis, as jurisprudências, os costumes e os princípios gerais, a distinção primordial naquele período estava voltada para o fato de a lei para a *Civil Law*, ser a fonte primária do direito, enquanto para a *Common Law*, embora a lei fosse fonte primária, só passava ter validade quando

---

<sup>86</sup> A distinção entre países de direito consuetudinário e países de direito escrito consolidou-se no século XVI, principalmente no território francês, tendo sido fruto de um compromisso. A parte sul francesa, rapidamente, adotou o direito romano, por dois principais motivos. O primeiro porque o sul havia suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e uma das consequências havia sido converter em inadequadas às necessidades da época as instituições de direito romano, que se convertia por esse motivo em um direito sábio, patrimônio da Igreja. O segundo e mais decisivo consistia na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria instrumento imprescindível para a dominação de *Languedoc* e do sul da França, rapidamente, convertia-se em perfeito instrumento de poder. [...] A diferença na recepção do direito romano também se traduziu nos planos dogmáticos e técnico. Os países de direito escrito consideravam seus costumes, em relação ao direito romano, como *iura própria*, vale dizer, como direitos especiais, que deveriam ser restritivas, não poderiam ser utilizados de forma extensiva por meio da analogia e nem caracterizavam fonte de princípios gerais. Já os países de direito consuetudinário, não obstante eles ignorarem o direito romano, conferiam a ele o caráter de *ratio scripta* [...]. (STRECK e ABOUD, 2013, p. 18).

<sup>87</sup> O moderno sistema legal Romano-Germânico tem profundas raízes no direito herdado do Império Romano. Mais especificamente, quanto às estruturas e mesmo quanto ao conteúdo, o *Corpus Iuris Civilis*, foi o modelo legal adotado pelas nações no desenvolvimento de seus direitos nacionais. Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que na tradição do *Corpus Iuris Civilis*, como a autoridade primeira na busca incessante da verdade jurídica, é a marca fundamental mais distintiva do sistema legal da *Civil Law*, em contraposição à *Common Law*. Contudo, isso não significa que a *Common Law* tenha sempre ignorado esse marco do Direito Romano. É interessante notar que o mesmo Direito Romano, à época internacionalizado, era também ensinado nas universidades inglesas. Muitos dos filhos dos nobres ingleses foram enviados às universidades italianas e francesas para o estudo do Direito Romano. No entanto, a Inglaterra incumbiu-se de desenvolver um sistema legal completamente distinto do Direito Civil herdado da Roma antiga. Muito antes da febre nacionalista que o movimento Humanista trouxe consigo a Inglaterra já se distanciava, na prática, do modelo legal de Roma. (VIEIRA, 2007, p. 213).

confirmada judicialmente, por meio do denominado *Case Law*, conforme aponta Vieira (2007, p.219).

Nesse ínterim, observa-se que no sistema da *Civil Law* pautava-se na lei escrita e da *Common Law*, na oralidade<sup>88</sup>, fortalecendo sua decisão pautava-se na expressão “*Stare decisis et quita non movere*” - mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido.<sup>89</sup>

Nesse diapasão, enquanto o Sistema da *Civil Law* preocupava-se em manter um ordenamento lógico e sistematizado, no Sistema da *Common Law*, o intuito é resolver as questões concretas a partir de casos já julgados, iguais ou similares, remediando a questão em tela de imediato.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup>A solução dos casos era destinada aos juízes profissionais no caso do *civil law*; já o inglês, em juristas e justiça de paz leigos. O processo inglês fundamentava-se na acusação e negação das partes oponentes, com a solução da controvérsia sendo de competência do júri. O francês, por sua vez, lançava mão do interrogatório judicial das partes e das testemunhas sob juramento. No que se refere ao direito material, o direito francês é mais sistemático, romanizado e codificado que o inglês, mais particularista, prático e orientado para resolução dos casos. Por consequência, o direito francês incluía os conceitos de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito público. Convém ressaltar que não é correto apresentar o *common law* tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo poder administrativo. Inclusive, nos Estados Unidos, chega-se a falar de um fenômeno designado pelo neologismo de *staturification* do direito, em alusão ao termo *statute*, que significa lei em sentido formal. (STRECK, e ABOUD, 2013, p. 25).

<sup>89</sup> Nessa a locução se encontra a pedra angular do *common law* porque, para o sistema anglo-americano, o direito é enunciado e desenvolvido através de decisões judiciais. Prega a doutrina que “os juízes devam resolver os casos pendentes de sentença atendo se ao resolvido por sentenças precedentes ditadas em casos similares, por juízes da mesma jurisdição, de hierarquia coordenada ou superior. (...) Com a aplicação do princípio, a sentença recebe uma força, uma validade diversa daquela que lhe dá a *res judicata*. Enquanto esta última faz com que o disposto na decisão se aplique, com a força de definitividade e imutabilidade, exclusivamente entre as partes litigantes e à situação objeto do julgamento, o *stare decisis* confere à mesma sentença o caráter de norma geral, aplicável sua disposição a quaisquer outras situações concretas que se lhe assemelhem. Assim, nos países da *common law*, a sentença, além de decidir a controvérsia e impedir às partes a renovação do debate sobre as questões *in concreto* já decididas, funciona também como precedente *in abstracto* para os casos semelhantes no futuro. O princípio do *stare decisis*, que enuncia como “...*a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction*”, lhe confere valor de fonte normativa geral. Nessas sentenças que, invariavelmente, se tornam precedentes, há que distinguir-se dois elementos: a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* ou *dicta*. O sistema anglo-americano vê, em cada precedente, a concretização de um princípio. A *ratio decidendi* é, justamente, o princípio geral que justifica aquele caso. É o elemento indispensável à solução das questões de fato e de direito. Já os *dicta* são as observações a pontos que se relacionem com a *ratio*, são opiniões, pronunciamentos não indispensáveis. O que caracteriza o precedente é a força vinculativa que promana da *ratio decidendi*. Dessa força não participa o *dictum*, que tem apenas força persuasiva.” (SÁ, 1996, p.61).

<sup>90</sup> Isto posto, ressalta-se, de imediato o papel secundário da doutrina abstrata, a favor das soluções pragmáticas. Na Inglaterra, o papel da Universidade sempre foi insignificante na formação do direito ou na formulação de teorias generalizantes. A prova é que os estudos de Filosofia do Direito, tanto na Inglaterra como nos EUA, se denominam *Jurisprudence*, ou seja, abstrações a partir de casos julgados! Embora as Universidades tenham sido bastantes importantes nos EUA, como papel fundamental de legitimação dos agentes junto ao Poder Judiciário (e inclusive na formação dos quadros do próprio Judiciário), apenas indiretamente, pela participação de seus professores e entidades de estudos de uniformização de normas jurídicas, é ela algo relevante na formação da norma jurídica. O papel da doutrina é extremamente limitado, e se citam o (*sic*) raros casos em que estudos doutrinários tiveram alguma influência em *overruling* a jurisprudência. É bem verdade que nos EUA se exige o grau universitário e um exame da American Bar Association (o equivalente à nossa OAB) para exercer a advocacia, (ao contrário da Inglaterra onde tal legitimação é dada pelos clubes privados, os Inns of

Destaca-se que o Legislativo presente no Sistema da *Civil Law* coloca a lei em posição suprema; em contrapartida, o Legislativo do Sistema da *Common Law* atua diante matérias já consolidadas, por meio dos *Case Law* (STRECK e ABOUD, 2013, p.18), já decididos nos Tribunais; sem contar a forma diferenciada pela qual cada um dos sistemas estabelece e utiliza os conceitos legais dos institutos jurídicos<sup>91</sup> e a racionalização de forma diversa, conforme será estudado no item que irá tratar dos precedentes.

Por fim, sem esgotar o assunto, outra importante distinção, está no que diz respeito aos juízos de valor<sup>92</sup>, à certeza e à previsibilidade das decisões, presentes no Sistema da *Common Law*, garantida pela utilização dos precedentes, tema também a ser estudado no último capítulo, que garante maior segurança jurídica na aplicação do direito diante dos casos concretos.

---

the Court), mas a indicação para determinadas funções, como as de prosecutor, dispensam aquela formação. (SOARES, 2000, p.53).

<sup>91</sup> A tradição do Direito Romano ditou a regra precisa para o conceito de propriedade. A conjunção de três requisitos fundamentais define o direito de propriedade: o *usus*, o *fructus* e o *abusus*. Ausentes um desses requisitos, ausente está o direito de propriedade. É claro que tal conceito já foi bastante desenvolvido dentro da família Romano-Germânica. Daí nasceram diversas formas de limitação do direito de propriedade – como o respeito ao direito de vizinhança, as cláusulas de inalienabilidade, dentre outros. Mesmo assim, o conceito de propriedade continua quase estancado como sendo o direito de usar, gozar e dispor do bem possuído. Esse conceito da *Civil Law* não se adequa ao conceito de propriedade da *Common Law*. Para a *Common Law*, o domínio sobre determinado bem protegido por lei é suficiente para que se configure o direito de propriedade. Assim, num dizer genérico, *property is anything that you can own exclusively with the protection of the law*. De fato, a diferença não é meramente conceitual, mesmo porque a *Common Law* não se preocupa tanto com conceitos. A diferença dá-se no campo prático. A figura do *trust* é o melhor exemplo que se pode achar para verificar o quão diferente o direito proprietário é tratado na *Common Law*. O instituto do *trust* transfere a propriedade de A e B em favor de C. Nesse, B adquire o direito de propriedade; C tem um mero “interesse” em tal direito e sequer pode reclamá-lo em ação específica. B pode usar e dispor do bem. Não lhe pertence, no entanto, o direito de dele abusar, ou seja, de dispor do bem usando de má-fé. Administra e dispõe do bem, sem poder usá-lo num sentido amplo, muito menos destruí-lo. Não cumprindo com o acordo feito com A, B sofre penalização pré-estabelecida dentro do Direito de Equidade. Sem sombra de dúvida, trata-se de direito proprietário *sui generis*, que não pode ser limitado ao conceito de propriedade da família romano-germânica. Bem se vê para o direito inglês é perfeitamente possível o desmembramento do conceito de propriedade. (VIEIRA, 2007, p. 248).

<sup>92</sup> Enfim, na comparação dos sistemas da família romano-germânica dos direitos e da *Common Law*, reafirme-se o postulado de que não é permitido, em Direito Comparado, estabelecerem-se juízos de valor quanto a este ou aquele sistema, uma vez que ambos são criaturas da cultura e da civilização e plenamente cumprem com as funções para as quais o engenho humano os criou: proteger e salvaguardar a sociedade humana. Se os juristas e advogados da família romano-germânica olham com certa emulação a adequação dos *cases laws* à realidade, advogados e juristas da *Common Law* sentem uma certa nostalgia, em face da harmonia e racionalidade dos códigos! Na essência é o velho contraste indução/dedução, ambos métodos válidos! No fundo, tanto a dedução como a indução constituem-se em métodos científicos de conhecimento, aquela aplicável às ciências especulativas, esta às ciências práticas, porém não com exclusividade, pois na Física ou na Biologia existe a utilização de ambos os processos metodológicos. (SOARES, 2000, p.57).

## CAPÍTULO II: DA SÚMULA VINCULANTE

### 2.1 Histórico

Após a análise da questão da segurança jurídica, assim como da segurança jurídica na tradição da *Civil Law* e da *Common Law*, pautada em seu aspecto histórico, e, ainda, das diferenças e semelhanças verificadas em cada um desses sistemas, cumpre no presente capítulo, abordar o histórico das Súmulas, a partir do direito Português, após o século V, assim como sua origem no Ordenamento Pátrio.

O Brasil, em virtude da colonização portuguesa, adotou o sistema romano-germânico, também estudado acima, como o sistema da *Civil Law*, sem contar a grande influência da legislação da Coroa de Portugal, após a chegada da família Real no Brasil no século XVII.

Portanto, para adentrar no estudo das atuais súmulas presentes no nosso ordenamento, sejam aquelas persuasivas ou as vinculantes, como serão apresentadas, será primeiramente apontadas algumas considerações relevantes sobre o aspecto histórico, conforme segue abaixo.

### 2.2 Assentos Portugueses

A Coroa Portuguesa, inicialmente denominada Condado de Portucalense, tem inspirações advindas da dominação romana, assim como dos povos nórdicos, formados pelos suevos, álamos e vândalos, que dominaram o território por volta dos séculos V e VI e posteriormente pelos visigodos, no século VI, quando o Imperador Alarico sistematizou o Direito local; e também dos árabes no período o século VIII até o século XV.<sup>93</sup>

Todas as influências desses povos contribuíram para a construção do Direito Português, tanto nas Ordenações como nos assentos portugueses, advindos delas. Assim, a

---

<sup>93</sup> Para bem compreender a evolução do tema, é preciso partir do dado histórico. A ocupação da Península Ibérica remonta ao ano 200 a.C., com a dominação romana, que aí haveria de deixar fortes vestígios, e perduraria até que, nos séculos V e VI, os povos nórdicos (suevos, álamos, vândalos) vieram ocupar o território, sendo depois subjugados, ainda no século VI, pelos visigodos. Este último povo teve o Imperador Alarico um sistematizador do Direito originário das fontes romanas, ao depois alterado pelos costumes dos povos bárbaros, tudo resultando no *Breviarum Alaricanum*, por sua vez fonte inspiradora do Código Visigótico, ou ainda *Fuero Juzgo*, documento que, desde então, viria a reger os povos da Península Ibérica. Por volta do século VIII, os árabes invadiram o território e aí permaneceriam longo tempo, até serem expulsos no século XV. No processo de expulsão dos sarracenos teve papel preponderante a resistência centrada no reino de Oviedo, do qual, na sequência, viria a se separar o Condado Portucalense. (MANCUSO, 2007, p.194).

doutrina de Medeiros (2005, p.187) dita que os assentos se originaram após a metade do século XII, primeiramente denominado pelo instituto das “façanhas”.

No século XVI, devido à situação de difícil conciliação do direito romano com a realidade da época, a busca para alcançar uma maior segurança jurídica conduziu a reforma do ensino jurídico e de sua interpretação, criando-se os Assentos da Casa de Suplicação, durante a vigência da Ordenação Manuelina, com caráter vinculativo às interpretações do reino.<sup>94</sup>

Há séculos vinha ocorrendo uma busca pela tentativa de uniformização da jurisprudência no direito lusitano, e o instituto dos assentos foi uma forma para a concretização dessa busca. O Judiciário buscava estabelecer um entendimento sobre o texto legal e fixar um consenso nos casos de divergências de julgamentos, objetivando esclarecer as dúvidas que surgissem durante as Ordenações em seus julgados, que eram lançados no Livro Verde – também chamado de Livro dos Assentos - pelo regedor da Casa de Suplicação, que os numerava e assinava. (STRECK, 1998, p.79).

A aplicação dos Assentos em novos julgados se dava primeiramente pela exposição do enunciado infringido e posteriormente pela explanação dos motivos para seu cumprimento no caso concreto. Ilustrando o exposto, o Assento de nº 288 estabelecia o seguinte enunciado: “Crédores de menor quantia podem ser citados depois da Sentença do Compromisso, feito pelos de maior quantia”, sendo que após o enunciado era colacionado ata da realização do enunciado e indicados os integrantes de sua feitura.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Deve-se registrar, de fato, que o primeiro *assento* conhecido é datado de 27 de fevereiro de 1523, tendo sido feito em Évora: “Extingue-se a pena de marca de ferro no rosto. Estando El-Rey, Nosso Senhor, em Relação, determinou com parecer do Regedor e Desembargadores, que presentes erão, que a Ordenação, que He feita sobre o ferrar do rosto do que alguns furtos fazem na Côrte, ou na cidade de Lisboa, não haja de aqui avante lugar, nem se guarde, visto como se não deve afeiar a face do homem, por ser a melhor cousa que nelle há, e não somente este constrangimento da Ordenação se entenderá nos maleficios, que daqui por diante dorem commetidos, mas ainda naquelles que commetidos são”. (MEDEIROS, 2005, p.189)

<sup>95</sup> Nº288 - Assento de II de Janeiro de 1653. Crédores de menor quantia podem ser citados depois da Sentença do Compromisso, feito pelos de maior quantia. Aos 5 dias do mez de Dezembro de 1770, na Mesa grande da Casa da Supplicação, e presença do Senhor José de Seabra e Silva, do Conselho de Sua Majestade, seu Desembargador do Paço, Procurador da Corò, e Chanceller da mesma Casa, que serve de Regedor d’ella, foi proposto e duvidado, se a citação forma do Assento (de II de Janeiro de 1653, Num.112) que vem na Collecção terceira do Livro 3 das Ordenações ao Tit.78, preceder a Sentença do Compromisso, ou basta que seja posterior: E se assentou pela maior parte dos Ministros abaixo assignados, que a dicta citação, que o compromitente (desobrigado no presente caso de fazer cessão de bens), deve mandar fazer a todos os Crédores, não é preciso seja feita nos de menor quantia, para obrigar a assentir na concordata e espaço concedido, pelos de quantia maior, antes da Sentença do dicto Compromisso, mas bastará que seja posterior: no que, não se lhes negando Audiencia, nem meios para se opporem á dicta Sentença pelos seus prejuizos, se evita o embarço, que lhe podiam fazer antes, provada pela dicta ordenação no. §8., e pela do Liv. 4 Tit. 74 cordata e Compromisso contra os já citados, e mandar continuar para não vir mais em dúvida, se mandou lavrar o presente Assento, que todos com o mesmo Senhor assignaram. Lisboa, dia e era, ut supra. Como Regedor, Seabra. Cunha. Doutor Barros. Giraldes. Velho. Abreu. Pereira da Silva. Gama. Vidal. França. Doutor Cunha.

Outro assento também de grande importância é o de nº 289 que dispunha “*A nulidade dos Legados, julgada pelo Assento de 29 de março de 1770, não compreende os Legados já cumpridos, nem as despesas já feitas pelos Testamenteiros legitimamente, e em boa-fé*”.<sup>96</sup> Hoje é fácil compreender a impossibilidade retroatividade dos atos jurídicos já realizados, como o pagamento de despesas de boa-fé, caso houvesse legalmente o aumento ou a isenção de eventuais taxas, mas na época, por não haver disposição sobre o tema, foi necessário, o assento para esclarecer a dúvida acerca da questão, em nome da segurança jurídica.

Nessa linha de análise, necessário também discorrer sobre o assento de nº 353 que estabelecia que as sentenças com determinação de despejo deviam ser imediatamente executadas, independentemente de haver qualquer recurso, demonstrando-se a força do instituto, cujo cumprimento devia ser imediato para o caso analisado e vinculante a todos os casos idênticos.<sup>97</sup>

---

Manoel. Leitão. Ferreira. Silva. Silveira. Lemos. Doutor Silva. Doutor Almeida. Maldonado. Viegas. Castro. (Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível, Coimbra, 1852, p. 295).

<sup>96</sup> Nº 289 – Assento de 29 de março de 1770. A nulidade dos Legados, julgada pelo Assento de 29 de março de 1770, não compreende os Legados já cumpridos, nem as despesas já feitas pelos Testamenteiros legitimamente, e em boa-fé. Aos 5 dias do mez de Dezembro de 1770, na mesa grande da Casa de Supplicação, e presença do Senhor José Seabra e Silva, do Conselho de Sua Majestade, seu Desembargador do Paço, Procurador da Corôa, e Chancellor da mesma Casa, que serve de Regedor d’ella, duvidou-se, se o Assento de 29 de março d’este presente anno, tomado pela declaração do §21 da Lei Novissima de 9 de Setembro de 1769, no qual se julgaram nullos todos os Testamentos, em que a alma, ou qualquer Irmandade estivesse instituída herdeira, e assim mesmo todos os Legados determinados n’elles, comprehendia tambem os já cumpridos e recebidos pelos Legatarios, e as mais despesas feitas pelos Testamenteiros, na conformidade das disposições Testamentarias, e ha de ser tudo retractado, restituído aos herdeiros *ab-intestados*, e os Executores responsáveis. E foi assentado uniformemente pelos Ministros abaixo assignados, que todos os Legados, que se achassem cumpridos, e despesas justamente feitas, ficasse tudo firme e valioso, sem que os dictos Testamenteiros, que com jurisdicção e boa fé procederam na observancia do disposto pelos Testadores, tenham a obrigação de responder por nada do que legitima e sinceramente despenderam. E para não tornar a duvidar-se, se tomou este Assento, que todos com o mesmo Senhor Regedor assignaram. Lisboa, dia e era, *ut supra*. Como Regedor, Seabra. Cunha. Doutor Barros. Giraldes. Velho. Abreu. Pereira da Silva. Gama. Vidal. França. Doutor Cunha. Manoel. Leitão. Ferreira. Silva. Silveira. Lemos. Doutor Silva. Doutor Almeida. Maldonado. Viegas. Castro. (Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível – 4ª edição, Coimbra, 1852, p. 296).

<sup>97</sup> Nº353 – Assento de 23 de julho de 1841. Havendo sentenças, que determine despejo, devem executar-se, sem embargo de qualquer recurso, e do Assento de 23 de Julho de 1811, que, ainda que comprehensivo do Privilegio de Aposentadoria de todas as Corporações, que a tem para serem ouvidas com suspensão, tem só logar na forma, que se declara no dicto Assento quanto á Ordenações do Liv. 4 Tit. 23. §1. Aos 8 dias do mez de Junho de 1816, em Mesa grande da Casa da Supplicação, e na presença do Senhor João Antonio Salter de Mendonça, do Conselho de sua Alteza Real, Procurador da sua Real Corôa, seu Desembargador do Paço, Secretario do Governo da Repartição dos Negocios do Reino e Fazenda, e Chancellor da Casa de Supplicação, que serve de Regedor das Justiças, presentes os Desembargadores de Aggravos abaixo assignados, se deu a Portaria do Governo d’este Reino de 27 de Junho do anno próximo passado de 1815, que mandou tomar Assento sobre o requerimento, em que a Corporação de Offício de Ourives do Ouro pede a suspensão do despejo, ordenado por Sentença de Aposentadoria, contra João José Isidoro, Ourives, em quanto não houver Sentenças em Instancia Superior, que passem em julgado, visto estar munida com o Alvará de 12 de maio de 1758, e Decretos de 5 de Novembro de 1760, e de 27 de fevereiro de 1802; declarando-se agora, se o Assento de 23 de Julho de 1811 comprehende, ou não, o caso de que se tracta, regido por Legislação particular. Assentou-se por uma quase unanimidade de votos que o referido Assento comprehende o Privilegio de

Verifica-se que os assentos, advindos dos textos das Ordenações, traziam a extração de um julgado paradigma e a necessidade de sua aplicação obrigatória. E essa ideia, de aplicação obrigatória tanto no caso em análise, quanto nos futuros casos semelhantes foi reafirmado pela Lei da Boa Razão em 1769<sup>98</sup>. Essa forma de aplicação dos assentos assemelha-se com a aplicação das súmulas vinculantes, contudo estas, longe de engessar o judiciário, podem ser revistas e canceladas por meio de seus legitimados, diferente do que se percebe nos assentos.

A Lei da Boa Razão, por influência do iluminismo do século XVIII, ditava que para ter validade, os assentos deveriam ser confirmados pela Casa de Suplicação, por ordem do rei; entretanto, referida competência findou-se em 1822 diante das novas ideias liberais que fixaram tal competência ao poder ao Legislativo.<sup>99</sup> A título de informação, esse contexto ocorreu durante as Ordenações Filipinas, em que se o caso não estivesse tipificado e contivesse matéria relacionada ao pecado, o julgamento caberia ao Direito Canônico em consonância com as leis do Império. (STRECK, 1998, p. 79).

Medeiros (2005, p.196), informa que em busca da estabilidade da jurisprudência, o Código de Processo Civil de 1939, reincorporou legalmente a figura dos assentos no direito, no qual foi seguido pelo mesmo Códex Processual de 1961, eliminando a possibilidade do

---

Aposentadoria d'esta Corporação, como o de todas as mais, que a tem, para serem ouvidas como suspensão, na forma que se declara, no mesmo Assento, quanto à Orden. Do Liv. 4 Tit. 23. §1. Mas havendo Sentenças, que determinem o despejo, devem estas ter a devida execução, como acontece a todas as mais, em Causas summarias, posto que d'ellas se tenha interposto o recurso de Agravo Ordinario, ou Apellação. Que a mesma suspensão lhes não compete nos casos especificados no Tit. 24, do Liv. 4 da Ord. No PR, porque estes não foram exceptuados no mesmo Assento, nem o podiam ser á vista de sua natureza, e clara disposição, que não admitia declaração. E com o pleito, que motivava este novo Assento, declaratorio do primeiro, era comprehendido no terceiro caso, especificado no PR. Do Tit. 24 do Liv 4 da referida Ord. Deveria por isso mesmo seguir o curso geral das Causas summarias, que lhe competia. E para não entrar mais em dúvida, se tomou este Assento que o mesmo Senhor Chancellor, que serve de Regedor, assignou com os Desembargadores e Ministros, que n'elle votaram. Como regedor, Salter. Doutor Guião. Miranda Alarcão. Doutor Velasques. Leite. Fonseca Coutinho. Doutor Faria. Teixeira. Doutor Souza Sampaio. Ribeiro Saraiva. Tavares de Serqueira. Araujo. Doutor Souza e Azevedo. Teixeira Homem. Pereira Bucellar. Veigui. Gomes Teixeira. Esteves. Amaral. Coutinho. Miranda. Correia Borges e Silva. Pereira dos Santos. Guerreiro. Bragança. Garcia. Fernão. (Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível – 4ª edição. No qual são inseridos na ordem chronologica os cinco supplementos às edições anteriores. Coimbra: Na imprensa na Universidade, 1852. Por Resolução de S. Majestade de 2 de Setembro de 1786, p. 403).

<sup>98</sup> Essa dupla eficácia dos assentos viria, na sequencia, reafirmada pela famosa Lei da Boa Razão, de 18.08.1769, em que, no art. 4º, *El Rey* decretava “(...) que os assentos já estabelecidos, que tenho determinado que sejam publicados e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das leis, constituam leis inalteráveis para sempre se observarem como tais, debaixo das penas estabelecidas”. (MANCUSO, 2007, p.199).

<sup>99</sup> Considerou-se, dentro do espírito das novas ideias liberais, “não poder esta (Casa de Suplicação), depois da nova ordem de cousas, tomar Assentos sobre a intelligência de qualquer Lei, sem huma nova Delegação do Poder Legislativo”, visto que “os Assentos contêm decisões leaes e constituem parte da nova Legislação”, e por isso pertencem “à competência privativa e própria do Poder Legislativo”, que na vigência da Ordenação residia nos Reis. (MEDEIROS, 2005, p.190).

Supremo Tribunal de Justiça de modificar doutrina já fixada em assentos. Nesse sentido, o Código Civil Português de 1966 previu que os assentos teriam características normativo-jurídicas. (MEDEIROS, 2005, p.198).

Os assentos tinham como elemento caracterizador, a possibilidade de solucionar conflitos jurisprudenciais estabelecidos por contradições entre acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, e que não pudessem ser objeto de recurso de revista ou agravo<sup>100</sup>; e que esses acórdãos fossem proferidos em processos diferentes, na vigência da mesma legislação, sem ainda ter transitado em julgado. (MEDEIROS, 2005, p.201).

Ao proferir o assento<sup>101</sup>, estava impossibilitado o Supremo Tribunal de Justiça de tentar modificar ou revogar seu enunciado, por falta de previsão de mecanismo para tanto. Conforme será estudado ainda neste Capítulo, no item específico sobre as Súmulas Vinculantes, essa imodificabilidade dos Assentos é o diferenciador deste instituto, com as Súmulas, que podem ser modificadas, pois se busca evitar o engessamento do ordenamento vigente no Brasil.

Em relação à natureza jurídica dos assentos a doutrina divergia, havendo quem dissesse que eram atos de natureza legislativa, outros que os considerassem como atos de natureza jurisdicional e aqueles que afirmavam serem eles atos atípicos, conforme informa Medeiros (2005, p.204).

Em que pese esta divergência ocorrida, ela se esgotou com a reforma processual do ano de 1995, que extinguiu definitivamente os assentos do ordenamento lusitano, por meio do Tribunal Constitucional que ao entender que sua vinculação não se dava em relação à administração, mas apenas para Tribunais, retirou a “força obrigatória geral”. (REIS, 2009, p.82).

Com o desaparecimento dos assentos, foram revogados os dispositivos que estavam presentes no Código Processual Civil e no Código Civil lusitano para os regulamentar. Os assentos foram substituídos pelos acórdãos para uniformização da jurisprudência, sendo

<sup>100</sup> O assento deveria ser firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, com maioria qualificada dos seus membros (intervenção de pelo menos 4/5 dos seus juizes), por meio de um enunciado que passava a ter força obrigatória geral, nos termos do art. 2º do Código Civil Português. (...) Na realidade, os assentos não eram os próprios acórdãos do Tribunal Pleno, mas estritamente as proposições normativas de estrutura geral e abstrata que deles se autonomizavam, formal e normativamente. (MEDEIROS, 2005, p.200).

<sup>101</sup> O assento pressupunha uma “contradição entre decisões de tribunais superiores”. A *hipótese-padrão era a do recurso para o Tribunal Pleno, regulado nos artigos 763 e seguintes do Código de Processo Civil*. O tribunal Pleno é o próprio Supremo Tribunal federal, mas reunindo simultaneamente todas as secções em que este normalmente se desdobra. Eram necessários dois acórdãos baseados em soluções opostas, relativamente à mesma questão de Direito. Assim, tão logo as decisões do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, eram publicadas no Diário da República e no Boletim do Ministério da Justiça, os assentos dali resultantes passavam a ter força obrigatória geral. (STRECK, 1998, p.96 e 97).

preservados os assentos já aplicados anteriormente à reforma; porém no sentido de uniformização. (MEDEIROS, 2005, p.211).

Cabe reafirmar mesmo com a reforma que extinguiu os assentos lusitanos cujo fim fora evitar contradições<sup>102</sup>, foi mantida, em prol dos valores segurança e justiça, a incessante busca pela uniformização da jurisprudência.

Nessa esteira esse intuito de uniformização da jurisprudência não é apenas lusitano. Analisando o direito comparado, vê-se exemplos dos direitos italiano e francês. No direito italiano, tem-se as Cortes de Cassação, cujas decisões possuem autoridade que está acima de todos os precedentes, em consonância com o texto legal na busca de concretização da justiça. Já no direito francês, a busca pela uniformização jurisprudencial decorre do recurso de cassação que, em prol de sua unidade, anula os julgados que vão contra a lei, sem apreciação do mérito da sentença. (STRECK, 1998, p.98).

### 2.3 Assentos Portugueses no Ordenamento Pátrio

Devido ao longo processo de colonização, o Brasil acompanhou o Direito da Coroa Portuguesa, conforme as Ordenações vigentes na época. Durante as Ordenações Manoelinas, ocorreu no território brasileiro a divisão das capitanias hereditárias, por meio das cartas de doação (1534-1536), e também estabeleceu a organização política e judiciária.<sup>103</sup>

Lembrando os fatos de que os Assentos decorreriam da Casa de Suplicação Portuguesa; que de acordo com as Ordenações Manoelinas, são enunciados que chegaram ao

<sup>102</sup> Antes das modificações introduzidas pela reforma do processo civil português, [...] dois princípios eram basilares em Portugal para o processo de uniformização da jurisprudência: o primeiro consta no artigo 768, n.3, do Código de Processo Civil, *verbis*: “Desde que haja conflito de jurisprudência, deve o Tribunal resolvê-lo e lavrar o assento, ainda que a resolução do conflito não tenha utilidade alguma para o caso concreto em litígio, por ter de substituir a decisão do acórdão recorrido, qualquer que seja a doutrina do assento”. O segundo diz respeito, ao qual se refere o próprio capítulo das fontes do Direito do Código de Processo Civil Português, mas evitando um compromisso quanto à natureza desde: “Nos casos declarados em lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral” (art. 2º). [...] Com efeito, consoante decisão de setembro de 1993 (acórdão nº810/93), o Tribunal Constitucional de Portugal considerou inconstitucionais os assentos, acabando com uma tradição que – como já se viu – vem desde a Casa de Suplicação. A decisão do Tribunal Constitucional – ao acabar com a vincularidade dos assentos – abriu caminho para a reforma do processo civil, com a consequente supressão do instituto do assento. Assim, lembra Menezes Cordeiro, que o Decreto-Lei nº329-A/95, de 12 de dezembro, distribuído aliás, por partes, apenas nos dias 3 e 4 de janeiro de 1996, veio rever o Código de Processo Civil. Referido Decreto-Lei, por disposição de seu art. 3º, revogou justamente os artigos 763 a 770 do Código Processual, é dizer, os dispositivos legais que estabeleciam a possibilidade de interpor recurso para o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no bojo do qual poderia surgir o assento. Ressalta-se, por relevante, que o Acórdão 810/93 do TC-RP julgou inconstitucional a norma do art. 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos Tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral. (STRECK, 1998, p.96 e 97).

<sup>103</sup> No Regimento datado por El Rei a Tomé de Souza, em 1548, consta determinação de que se construísse na nova terra uma fortaleza para “daí se dar favor e ajuda às outras povoações e se ministrar Justiça”. A organização judiciária passou a ser regulada pelas leis do Reino de Portugal. (MEDEIROS, 2005, p.228-229).

Supremo Tribunal de Justiça lusitano; e que até sua extinção eram enunciados advindos de julgamentos de casos concretos. Não se pode esquecer, conforme afirma Reis (2009, p.80) que o Brasil, em sua condição de submisso, seguiu o “estilo da corte”.

Com as Ordenações Filipinas, a aplicação da ordem jurídica lusitana buscava à sua colônia não foi diferente. Caso não houvesse um consenso na Casa de Suplicação para a elaboração do enunciado, a matéria era dirigida ao Rei, que resolvia a questão e conseqüentemente, sua decisão se tornaria lei, alvará ou decreto, que segundo Reis (2009, p.81), deveriam ser obedecidos pela colônia brasileira.

Assim, os assentos – proposições de cunho abstratos e com força vinculatória – quando editados, tinham “inteligência geral e perpétua da lei”, sem possibilidade de serem recorridos e sem permissão atos julgadores para interpretarem ou decidirem de forma diversa. Segundo Reis (2009, p.81), podiam apenas ser modificados por leis posteriores.

Importante mencionar que a Lei da Boa Razão, promulgada em 1769, por D. José I, também teve influência no Brasil, pois submeteu as Casas de Relação da Bahia e do Rio de Janeiro aos Assentos da Casa de Suplicação de Lisboa, suprimindo-lhes a competência para criar assentos. A Lei da Boa Razão manteve sua influência, principalmente após a mudança da Corte portuguesa, no ano de 1808 para o território brasileiro. (MEDEIROS, 2005, p.231).

Fato importante a se elencar que, após a instalação da Corte Lusitana no Brasil, houve a instalação do Supremo Tribunal de Justiça, por força da Constituição de 1824, com inauguração em 1828, com *status* da *Mais Alta Corte do Império*, podendo interpretar as leis imperiais e, em busca de soluções plausíveis, remeter ao Governo relações anuais sobre a eficiência ou não da legislação indicação de eventuais lacunas. (REIS, 2009, p.82).

Mesmo após a Independência em 1822, manteve-se a continuidade de aplicar os assentos da Casa de Suplicação, por influência das Ordenações Filipinas, uma vez que não havia previsão na Constituição do Império para tanto. A atribuição de força de lei para tais assentos apenas posteriormente foi formalizada por meio do Decreto Legislativo nº 2.684, de 1875. (MANCUSO, 2007, p.199).

Referido decreto, que reconheceu a força de lei dos assentos portugueses no direito brasileiro do Império, foi regulamentado pelo decreto nº 6.142 de 1876 que reconheceu os assentos como necessários aos julgamentos divergentes de disposições legais, não se atendo a questão da variedade de fatos, conforme descrito por Lênio Streck (1998, p.94).

Por sua vez esclarece Reis (2009, p.82) que o decreto nº 2.684/1875, além de atribuir força de lei aos assentos portugueses, também atribuiu competência para o Supremo Tribunal

de Justiça baixar “assentos obrigatórios”, que também se prestavam a resolver divergências, para compreensão das leis quando houvessem dúvidas na sua execução.

Perlustrando o tema entende-se que, embora Portugal e Brasil sejam integrantes do sistema romano-germânico, submeteram-se a figura dos Assentos<sup>104</sup> que se assemelham com o *stare decisis*, da *Common Law*, no que diz respeito à sua vinculação, mas não na sua aplicação.<sup>105</sup>

Os assentos, utilizados para as interpretações controvertidas, exigiam que os autos em que se verificasse a divergência já estivessem findos, aspecto em que se diferem dos atuais incidentes de uniformização de jurisprudência, com o advento da Constituição Republicana e a separação entre às Justiças Estadual e Federal, os Assentos foram retirados do ordenamento jurídico pátrio, com outra forma de prescrever um “ideal da uniformidade jurisprudencial”.<sup>106</sup>

Porém, tanto a Constituição do Império como a Constituição Republicana, em 1891, não colaboraram para a força da jurisprudência, que era vista tão somente no aspecto doutrinário e da moral<sup>107</sup>; ou seja, a República extingue a competência para a elaboração dos Assentos e de sua força vinculatória, até o surgimento das súmulas por iniciativa do Ministro Victor Nunes Leal, em 1963.<sup>108</sup>

<sup>104</sup> A teor da antiga legislação portuguesa, a Casa da Suplicação tomava assentos que, escritos no livro da Relação, subordinavam as demais interpretações àquela ali firmada. Eram os assentos portugueses, assim, precedentes vinculativos; constituíram interpretação autêntica, legislativa, tinham força de lei. No mesmo ano em que proclamada a Independência do Brasil, as ideias liberais universalizadas pela Revolução Francesa e pela Constituição Americana determinavam o posicionamento da Casa de Suplicação no sentido de não mais tomarem assentos, sob a alegação de que àquela corte deixava de competir a atividade que, classificada como legislativa, pertencia, nos novos tempos e pela nova ordem, ao Poder Legislativo recém-instituído. (SÁ, 1996, p.67).

<sup>105</sup> Em que pese o fato de o sistema jurídico brasileiro ter a lei como fonte primária de produção do direito e, declaradamente, se filiar ao *civil law* de uma tradição romanística, o certo é que não só já se experimentou manifestações do *stare decisis* na sua história remota, como tem tentado, com relativa frequência, incursionar pelo terreno da prática que, como se viu, é totalmente estranha às bases na qual se apoia. Enquanto colônia da Coroa portuguesa, submeteu-se o Brasil ao instituto dos *assentos*, que insculpidos, de início, na Segunda Ordenação e, posteriormente, nas Ordenações Filipinas e na Lei da Boa Razão, não tinham outro propósito senão o de manter o controle político da monarquia absolutista sobre as decisões judiciais. (IBIDEM, 1996, p.66).

<sup>106</sup> [...] a Constituição Republicana previra outro *modus procedendi* para se alcançar o ideal da uniformidade jurisprudencial, dispondo no art. 59,§2º, que “nos casos em que houver de aplicar as leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos tribunais federais, quando houverem de interpretar as leis da União”. (MANCUSO, 2007, p.200).

<sup>107</sup> [...] a Constituição do Império, no seu artigo 72, seguida pela Constituição de 1891, já determinara que *ninguém estava obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei, e o Poder Judiciário no Brasil, nunca teve função legislativa*. (STRECK, 1998, p.80).

<sup>108</sup> REIS, Antonio Carlos Palhares Moreira. A Súmula Vinculante no Supremo Tribunal Federal. Brasília: Editora Consulex, 2009, p.83

Antes, porém, das súmulas, surgiu instituto semelhante, sob a denominação de *prejulgados*, sendo uma forma de pronunciar a interpretação de uma determinada norma com problemas na hermenêutica diante das decisões dos juízes.<sup>109</sup>

Cumprir mencionar que o projeto de Alfredo Buzaid para o Código de Processo Civil de 1973 retomava a previsão dos Assentos com força obrigatória para as decisões com maioria absoluta acerca de questões federais adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, e para as questões de direito local que recebessem inúmeras críticas quando nos Tribunal de Justiça.<sup>110</sup>

#### **2.4 Origem das Súmulas no Direito Brasileiro – Súmulas Persuasivas e Súmulas Vinculantes**

Os assentos foram extintos do nosso ordenamento, em virtude da Constituição Republicana de 1891, promulgada em virtude da Proclamação da República em 1889. Entretanto o desejo de uniformização da jurisprudência perdurou. Tanto é verdade que, em 1925/1926, o Tribunal Superior iniciou função nesse sentido, quando a divergência fosse relacionada com matérias constitucionais, por força da Emenda Constitucional da época de nº 3/1926. (MEDEIROS, 2005, p.234).

Anos depois, conforme será ainda estudado no presente Capítulo, o Ministro Victor Nunes Leal, idealizou as súmulas persuasivas, por meio do Regimento Interno de 1963, que trouxe grandes contribuições para o estudo do direito em relação ao processo Constitucional.

---

<sup>109</sup> Após o desaparecimento dos *assentos* do Supremo Tribunal de Justiça do Império, não recepcionada pela Constituição da República em 1891, um procedimento semelhante veio a ser adotado no Brasil, a saber, o *prejulgado*. Tal ocorreu, primeiro, no Direito Processual Civil, pelo Código Instrumentário de 1939, e depois na Justiça do Trabalho, quando o assunto foi tratado no Decreto-Lei de nº 5.452, de 01.05.43, a Consolidação das Leis do Trabalho. O *prejulgado* difere do *assento* e também da *súmula*, eis que o mesmo se contém “um pronunciamento prévio quanto a interpretação da norma diante de um real ou iminente conflito na hermenêutica a ser produzida em face de situações concretamente postas à decisão judicial”. (REIS, 2009, p.84).

<sup>110</sup> Conforme esclarece José Carlos Barbosa Moreira, tal proposta “foi criticada em sede doutrinária, antes de mais nada, por inconstitucional. A comissão revisora sugeriu a supressão de todo o capítulo, entendendo que, a manter-se a eficácia vinculativa dos assentos, o futuro do Código se poria em contraste com a Constituição da república; e, a eliminar-se tal eficácia, quase nenhum alcance prático teriam as disposições relativas à uniformização da jurisprudência. O Projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei; não suprimiu o Capítulo, mas deu-lhe nova feição, inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante do STF e conservada, com alterações de pormenor, pelo Congresso Nacional”. (MANCUSO, 2007, p.207).

### 2.4.1 Súmulas persuasivas

Para adentrar na origem das súmulas no ordenamento brasileiro, é preciso discorrer brevemente sobre a Jurisprudência<sup>111</sup>, uniformização da Jurisprudência e a atividade do julgador. Desde o início da humanidade verificou-se três tipos de julgador: o pacificador da antiguidade até a Idade Média; o árbitro, presente no Estado Liberal e o que busca concretizar a justiça, presente no Estado Democrático de Direito.<sup>112</sup>

A busca pela uniformização da jurisprudência tem como fundamento a concretização do princípio da segurança jurídica, tanto no sistema da *Civil Law* quanto no da *Common Law*.<sup>113</sup>

Importante diferenciar, que no sistema da *Common Law*, a decisão é pautada no precedente vinculante, enquanto na *Civil Law*, a jurisprudência é analisada sob o aspecto da interpretação legal.<sup>114</sup> Isso explica o motivo pelo qual a tendência dos países que seguem a

<sup>111</sup> A fonte primária do direito é a lei. A jurisprudência, que também é fonte do direito é o cadinho onde o direito se alimenta e se retempera, em permanente ebulição. É isto que dela, da jurisprudência, conjunto de julgados, fonte secundária do direito, mas quase tão importante quanto aquela que tem a primazia da autoridade cogente: a lei. A jurisprudência não é produto acabado do tribunal. É resultado dos processos e, para sua realização ou criação, concorre toda a sociedade. Concorrem os cidadãos que submetem os atos e fatos de suas ter relações ao Estado, configurado este na instituição do Poder Judiciário, na pessoa do juiz. Concorrem os advogados e o Ministério Público na elaboração e na sustentação de suas teses. E concorrem os magistrados que interpretarão tal conjunto sob a Luz da lei. Nenhum deles só e isolado será o criador da jurisprudência. Pode-se afirmar que a construção da jurisprudência é autêntico trabalho de multirão onde todos os envolvidos colocam, à disposição dos julgadores, a matéria prima para a sua elaboração. Jurisprudência é o produto de paciente artesanato onde os magistrados são os artífices, são os artesãos. O que se pretende da jurisprudência, no entanto, é que seja ela mais maleável do que a lei. A jurisprudência é o sal da lei. A jurisprudência não pode padecer da inércia da lei já que a ela cabe dar o movimento, o tom e a beleza da norma aplicada. Ante a estreiteza do texto legal, socorre-se o cidadão da construção sempre mais larga da jurisprudência. O mesmo se dá onde a lei se apresenta lacunosa ou omissa. (SILVA, 1998, p.45).

<sup>112</sup> O juiz de hoje, no Estado Democrático de Direito, é antes, um transformador que, mais do que pacificador, busca realizar a justiça num contexto amplamente socializado. Passou o juiz, assim, sucessivamente, de representante de Deus e do monarca e escravo da lei para, agora, transformar-se em integrador da lei, atuando em nome da justiça. Porque é, a sociedade contemporânea, muito diferente daquelas nas quais vicejaram, os três dogmas nascido após a Revolução Francesa, veem estes seu fim no século presente com base na convicção da lei como única fonte de direito. Por eles, o legislador era soberano; as leis eram elaboradas para atender ao interesse geral; e o juiz, mero aplicador das lei “...*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, como afirmava *Montesquieu*. (SÁ, 1996, p.37).

<sup>113</sup> O vocábulo *jurisprudência* sempre remete a seu sentido dúplice, conforme seja considerado pelo sistema de *common law* ou por aquele de *civil law*. Tem lugar tal diversidade de significados porque o direito romano usava o termo para designar tanto a autoridade decisória quanto o conhecimento jurídico. Jurisprudência entre os romanos era assim, a um só tempo, *auctoritas* e *scientia*. Influenciados em grau reduzido pelo direito romano, os britânicos adotaram o sentido de ciência para vocábulo, enquanto os demais povos, fortemente influenciados pela doutrina romanista, incorporam aos seus respectivos sistemas a noção de jurisprudência como autoridade normativa das decisões dos tribunais. Assim, o que nós, de tradição romanista, rotulamos como jurisprudência, os países que integram o sistema anglo-americano da *common law* designam como *judge made law*, ou decisões dos tribunais, e o que eles chamam de jurisprudência, chamamos nós de ciência, doutrina. (IBIDEM, 1996, p.43).

<sup>114</sup> O direito norte-americano tem, assim, no primado da supremacia de sua Constituição escrita e na volumosa produção legislativa, seus pontos de contato com o sistema do *civil law*, ao mesmo tempo que preserva a origem na exacerbação da importância que dá ao precedente judicial. Não se deve pensar, porém, que essa

tradição romano-germânica seguirem os precedentes de forma persuasiva – exceção, como será estudada, na súmula vinculante no Brasil – e aqueles de tradição da *Common Law* posicionarem, na maioria dos casos, a vinculação do precedente.

Em busca da uniformização da jurisprudência, desde a época do Brasil Colonial, há decretos, a inserção de *prejulgados*<sup>115</sup> e até mesmo o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 que tentou novamente introduzir os assentos no direito pátrio, tentativa esta que restou infrutífera. (SÁ, 1996, p.68).

A súmula decorre da frequência de jurisprudência em determinado assunto. No Brasil, seu marco inicial ocorreu em 28 de agosto de 1963<sup>116</sup>, denominado como Súmula da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal Federal, por meio de um Regimento Interno. (SÁ, 1996, p.54). Ressalta evidente que o intuito na criação deste instituto era orientar o julgamento acerca de um assento específico a respeito do qual havia divergência de entendimento.

Ainda sobre as súmulas persuasivas, há de afirmar que ela estaria entre os *assentos* – rigorosamente rígidos – e os *prejulgados*, que tornou um instituto praticamente ineficaz em nosso ordenamento (REIS, 2009, P.102), sem efeito retroativo<sup>117</sup>.

---

tendência simbiótica se dá unicamente no sentido de absorção dos princípios de inspiração romanista pelos adeptos do *common law*. É certo que, já de há muito, países de *civil law* têm adotado, como o Brasil, o modelo americano de controle de constitucionalidade, o princípio do *due processo of law*, a sumulação de decisões dos tribunais e, modernamente, ensaia-se uma incursão pela utilização dos precedente vinculativo. (IBIDEM, 1996, p. 50).

<sup>115</sup> A Constituição de 1946 não recepcionou a competência de estabelecimento dos *prejulgados* dada pela CLT ao Tribunal Superior do Trabalho, e assim, somente a partir da Lei nº 5.584, de 26.06.70, passou a ser adotado o procedimento já estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, chamado na órbita trabalhista de *Súmula de Jurisprudência Uniforme*. “Apesar de já não haver mais esse efeito vinculante (atribuído aos antigos *prejulgados*) é certo que os enunciados do Tribunal Superior do Trabalho têm grande força persuasiva, utilizados como fonte supletiva no caso das lacunas ou interpretação do Direito ou da lei, servindo de base para efeito recursal, como pressuposto de admissibilidade, o que não deixa de ser de alguma forma vinculativa ou impeditiva de recursos, que apenas não proíbe o juiz de contrariá-la, mas que forçosamente será aplicada na instância extraordinária.” Também na legislação eleitoral foi adotado o *prejulgado*, de substância eleitoral, no art. 263, do Código Eleitoral de 1965, mais tarde declarado inconstitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral. (REIS, 2009, p.87).

<sup>116</sup> Como ainda estava vigente a Constituição de 1946, não dispunha o Supremo Tribunal Federal de competência para dar força vinculante aos verbetes da sua Súmula. O próprio idealizador do novo sistema, o Ministro Victor Nunes Leal entendia que não seria “um bem”, o dotar a súmula de natureza impositiva definitiva e efeito normativo obrigatório. (REIS, 2009, p.87).

<sup>117</sup> O entendimento formulado pela súmula, como é óbvio, não tem efeito retroativo. Se o acórdão paradigma for anterior à edição do verbe da Súmula, que passa a caracterizar a orientação como predominante do tribunal, há que se considerar derogado tal acórdão, e deste modo não ocorre o dissídio pretoriano. Por isso, se entendeu que “o dissídio sumular exige que o enunciado da súmula exista e esteja em vigor na data da interposição da petição de recurso especial, para nele ter abrigo. Por isso não cabe invocar, mesmo no agravo ou agravo regimental, ou em embargos de declaração, um enunciado que surgiu depois do prazo de interposição do recurso especial”. (...) De qualquer sorte, tanto a inclusão de novos enunciados na Súmula, como também a sua alteração ou cancelamento, será deliberada em Plenário, por maioria absoluta. Deste modo, os verbetes cancelados ou alterados guardarão a respectiva numeração com a nota correspondente, tomando novos números os que forem modificados. Ao mesmo tempo, os adendos e emendas à súmula,

Em que pese haver críticas, no sentido do instituto criado ser inconstitucional, por não haver previsão na Constituição Federal da época, logo em seguida a Súmula de Jurisprudência Predominante foi prevista no Código de Processo Civil de 1973, em busca de uniformização jurisprudencial tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça. (SÁ, 1996, p.55).

O desejo por uma jurisprudência uniformizada está ligado à questão de pluralidade de órgãos para auxiliar o aparelho estatal, pluralidade esta que propicia diversidade e até mesmo divergência de julgamentos acerca de um mesmo assunto. A uniformização da jurisprudência é, pois uma tentativa de solucionar a disparidade dos julgamentos pela indicação da melhor tese ao casos semelhantes ou idênticos, levando-se em consideração aspectos como a cultura, a política, a sociedade e a economia; e ainda, o fato dos casos em tela ocorrerem no mesmo momento histórico. (STRECK, 1998, p.101).

Hodiernamente, a jurisprudência surge a partir de um caso concreto e pode apresentar diversidade de entendimento a depender da interpretação dada por determinado julgador. O intuito de uniformizar a jurisprudência não pode ser considerado um recurso e quiçá um prejulgado, sendo considerado pela doutrina um misto dos já extintos institutos de revista e prejulgado; contudo, com características próprias. (STRECK, 1998, p.102).

Seria ilusão acreditar na norma legal como única forma para solucionar os problemas que surgem nos tribunais, até porque os valores mudam constantemente tornando difícil o acompanhamento da lei diante de tais mudanças, sendo necessário socorrer-se a jurisprudência, conforme alerta Mancuso (2007, p.144).

A divergência na jurisprudência, não há um prejuízo quando se é buscada a uniformização do seu texto, em determinado espaço e tempo, com intuito de atingir eficácia, desde que sejam as soluções justas e previsíveis, impedindo julgamentos aleatórios e lotéricos, para o fim de proporcionar tratamento igual. (MANCUSO, 2007, p.147).

Exatamente por conta da ausência de prejuízo na uniformização da jurisprudência e a possibilidade de se proporcionar um tratamento igual aos jurisdicionados que sempre houve no decorrer do tempo tentativas e propostas neste sentido.

A título de exemplificação, Medeiros (2005, p.235) menciona o Decreto nº 23.055 de 1933, estabelecendo de forma expressa a observância da jurisprudência do Supremo Tribunal

---

datados e numerados em série separadas e sucessivas, serão publicados três vezes consecutivas no Diário de Justiça. (IBIDEM, 2009, p.106 e 107).

Federal, ao dispor em seu artigo 1º: “*As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”.

Outro exemplo é apontado por Lênio Streck (1998, p.110) ao informar que no ano de 1946 o Instituto dos Advogados Brasileiros apresentou uma discussão para tentar a uniformização da jurisprudência, a começar pela interposição do Recurso Extraordinário, no sentido de que do posicionamento pelo STF poderia ser tomado assento. Contudo, tal ideia não foi aceita pelo Constituinte da época.

Inadequado seria esquecer também que até mesmo o Ministro Victor Nunes Leal, em 1963, ao tratar sobre as súmulas persuasivas, demonstrou o interesse pela uniformização da jurisprudência.

Diante da realidade brasileira com a grande divergência jurisprudencial, fato visto muitas vezes como fonte de insegurança jurídica, a súmula idealizada pelo Ministro Victor Nunes Leal foi pela primeira vez tipificada no artigo 479 do Código de Processo Civil de 1973.<sup>118</sup>

A título de informação o anteprojeto do Código Processual Civil de 1973 tentou novamente trazer para o ordenamento brasileiro a figura dos assentos, sendo contudo, suprimido pela Comissão, sob a justificativa que iria ferir o texto constitucional. Então o Código Processual Civil posicionou-se pela Súmula no sentido de interpretação e com caráter persuasivo. (STRECK, 1998, p.115).

As súmulas persuasivas tinham o intuito de solucionar a divergência da jurisprudência e renovar o pensamento jurídico, principalmente nas demandas múltiplas, para assegurar aos jurisdicionados um norte que poderia ser seguido na decisão, apesar de não obrigar os juízes a seguirem estritamente, este norte. Ou seja, a súmula persuasiva era uma diretriz, estabelecida com vistas a proporcionar um tratamento isonômico, diminuir da sobrecarga nos tribunais, promover economia processual e a reorganizar o direito de forma sumular.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Embora prevista pela primeira vez em lei no Direito brasileiro em 1973, no citado artigo 479 do Estatuto Adjetivo Civil, a Súmula já tinha sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal desde o ano de 1964. De fato, organizada sua primeira publicação pela Comissão de Jurisprudência, composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Victor Nunes Leal (relator) e Pedro Chaves, em janeiro daquele ano, com verbetes aprovados em sessão plenária de 13 de dezembro, as Súmulas passaram a vigorar a partir de 1º de março de 1964. (STRECK, 1998, p. 109).

<sup>119</sup> É lícito, pois, falar-se em *súmulas persuasivas* ou não vinculantes, porque se destinam a influir na convicção do julgador, convidando-o ou induzindo-o a perfilhar o entendimento assentado, seja pelo fato de aí se conter o extrato do entendimento prevalecente, seja pela virtual inutilidade de resistência, já que o Tribunal *ad quem tenderá*, naturalmente, a prestigiara sua própria súmula, quando instado a decidir recurso que sustente tese diversa. (MANCUSO, 2007, p.366-367).

Em que pese a súmula entrar em vigência em nosso ordenamento pátrio quando idealizada pelo Ministro Victor<sup>120</sup>, sua origem vem do direito romano do latim *summula*. O intuito do Ministro Victor Nunes Leal – integrante da comissão de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal – era um “método de trabalho” visando compilação de precedentes judiciais e atribuindo às súmulas um caráter de jurisprudência firme, para nortear o julgamento e findar com a protelação do judiciário, é o que informa Muscari (1999, p.37).

Tamanha foi essa contribuição que a lei 5.869/73, o Código de Processo Civil de 1973, dispôs a permissão para que os Tribunais emitissem as Súmulas de Jurisprudência Predominante, tendo como pressupostos o julgamento diante do tribunal, a posição divergente e o entendimento da maioria absoluta dos membros sobre o tema.<sup>121</sup>

Para o direito processual a súmula tem função de consolidar entendimento jurisprudencial<sup>122</sup>, orientar o magistrado e as Cortes, sem força obrigatória, mas com o fim de evitar divergências, podendo ser considerada um precedente diante da aplicabilidade da norma no caso em questão. (REIS, 2009, p.94).

No sistema da *Common Law* do direito norte americano, existe uma similitude a súmula persuasiva, o chamado precedente persuasivo, que também não obriga o julgador a realizar sua aplicação, mas o orienta para melhor fundamentar e julgar o processo. (REIS, 2009, p.95).

Neste diapasão, diferente do pretendido no anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, para trazer novamente a figura dos assentos, indo contra a Carta Constitucional de 1946, a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal”, pretendia orientar não somente os julgadores, mas os advogados, sobre as questões com frequência de julgamentos.<sup>123</sup>

<sup>120</sup> A intenção maior era a de simplificar os trabalhos judiciais, porém operando apenas como um mecanismo de sugestão, sem dificultar a utilização do princípio do livre convencimento do magistrado singular, nem dos Tribunais inferiores, uma vez que o Pretório Máximo não dispunha de competência dada pela Constituição para editar enunciados com efeito cogente, capazes de vincular os demais órgãos judicantes. (REIS, 2009, p.93).

<sup>121</sup> [...] é “o resultado do julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, condensado em enunciado que constituirá precedente na uniformização da jurisprudência do próprio órgão”. (MUSCARI, 1999, p.35).

<sup>122</sup> A súmula é, pode-se dizer, a jurisprudência mais consagrada, norteadora do entendimento sedimentado nas cortes de julgamento sobre determinado assunto. A sumulação da jurisprudência iniciou-se por volta do ano de 1963, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, figurando inclusive no regimento interno da Corte, com vistas a organizar as teses jurídicas ali assentadas. Posteriormente o próprio Código de Processo Civil veio autorizar a edição de súmulas abrindo caminho à instituição do procedimento da uniformização da jurisprudência. (SILVA, 1998, p.46).

<sup>123</sup> A ideia de compendiar os resultados de julgamentos anteriores foi do Ministro Victor Nunes Leal, quando integrando da Comissão de Jurisprudência do STF. Sua proposta era a de criação de súmulas, com o objetivo de enunciar as matérias reiteradamente decididas, demonstrando assim a inclinação da Corte quanto a essas matérias. [...]. A Comissão de Jurisprudência do STF funcionava, então integrada pelos Ministros Gonçalves

Perlustrando sobre o assunto, Reis (2009, p.98), conceitua Súmula da seguinte forma:

A súmula, no entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, “é a cristalização (consolidação) de princípio geral emanado de julgados da Corte (que a editou), mas nem por isso, tem força de norma para admitir interpretação restritiva ou extensiva, abrangente ou não abrangente”. No Direito Processual brasileiro, as súmulas são enunciados jurisprudenciais que divulgam o entendimento de um tema em particular, já pacificado em determinados tribunais. [...] “Súmula não é lei, nem norma jurídica” [...] A súmula da jurisprudência predominante, isto é, o enunciado de cada verbete, como não dispõe de caráter normativo, não tem força cogente. Tais verbetes valem pela base que lhes dão os antecedentes jurisprudenciais imediatamente relacionados.

Tenha-se presente que a súmula é a consolidação de enunciados, não podendo ser considerada lei e sim um verbete para orientar no julgamento, diante da pacificação nos Tribunais. Nesse sentido deve-se se dizer também que o uso da palavra súmula deve apresentar-se na forma singular, pois corresponde a um conjunto de teses já compendiadas., conforme esclarece Moreira (2005, p.43).

Não se pode olvidar que a Súmula da Jurisprudência Dominante acabou por ficar de forma inativa de 1984 até agosto de 2003, quando por intermédio do Ministro Maurício Correia, iniciou-se um projeto para atualizar os enunciados da súmula. (REIS, 2009, p.101).

Hodiernamente, as súmulas persuasivas têm como escopo diminuir a divergência jurisprudencial, com regras presentes nos regimentos internos dos tribunais. Ademais, verifica-se no Superior Tribunal de Justiça a presença de Súmula de enunciados repetitivos nas hipóteses de julgamentos unânimes ou quando houver dois julgamentos com maioria absoluta dos membros da Corte Especial. (MEDEIROS, 2005, p.243).

Cumpre assinalar que tanto a súmula oriunda do Superior Tribunal de Justiça como aquelas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal, possuem caráter persuasivo em geral e

---

de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal. O resultado dos seus trabalhos, a súmula, bem como seus acréscimos ou cancelamentos era publicados no Diário da Justiça em três inserções sucessivas. Quando da edição do primeiro grupo de enunciados, a Comissão deixou claro que “o Supremo Tribunal Federal tem por predominante e firme a jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão dos precedentes relacionados na súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o Tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria jurisprudência”. O Pretório admitia, no concernente à súmula, que a modificação dos termos do enunciado poderia ser proposta para revisão por qualquer dos Ministros. Ademais, é da essência do sistema que os enunciados possam ser atualizados em função de novo entendimento da Corte e, assim, toda vez que surja lei nova disciplinando diferentemente o mesmo tema, ou o Plenário tivesse decidido em contrário ao que constava da súmula, seria cancelado o enunciado correspondente, até que de novo se firmasse a jurisprudência em outro sentido. (REIS, 2009, p.97).

têm a finalidade de orientação para os magistrados, principalmente para o recebimento dos recursos. (REIS, 2009, p.61)

Quando relacionado aos enunciados da Suprema Corte – Súmula da Jurisprudência Dominante – não há que prevalecer qualquer argumento relacionado ao engessamento do direito; pois, a partir da existência de uma nova questão divergente, será realizada uma nova interpretação para o caso concreto e conseqüentemente modificação do enunciado, para que, juntamente com a concretização do princípio da segurança jurídica, possa se proporcionar ao jurisdicionado maior celeridade processual. (REIS, 2009, p.263).

Conclui-se que as súmulas até então classificadas<sup>124</sup> em persuasivas não têm caráter vinculante – este somente com a EC 45/2004 – podendo ajudar no julgamento por intermédio de sua orientação ao operador do direito seja ele de grau inferior ou superior.

#### 2.4.2 Súmulas vinculantes

Antes da possibilidade de idealizar a súmula vinculante, conforme assentada na atualidade nosso ordenamento pátrio, foram iniciados, em 1977, com a entrada da Emenda Constitucional de nº 77, os estudos sobre a possibilidade de efeito vinculante, quando houvesse processos não contenciosos e por intermédio do Procurador-Geral da República. Contudo, com advento da Constituição Federal de 1988, foram extintas tais ideias. (MEDEIROS, 2005, p.237).

A questão da vinculação volta a ter seus rumores com a PEC 96/1992, para o fim de tornar obrigatória tanto para os juízes como pelos tribunais, tendo como argumentos de seus defensores a garantia do princípio da vinculação, a redução das demandas repetitivas, a

<sup>124</sup> Numa das poucas obras monográficas dedicadas ao tema em nosso país, LENIO LUIZ STRECK, classifica súmulas em quatro tipos: tautológicas, *intra legem*, *extra legem* e *contra legem/inconstitucionais*. Tautológicas são aquelas que dizem exatamente o que diz a lei. Exemplo: Súmula n.266 do STF. Chamam-se *intra legem* as súmulas interpretativas, ou seja, aquelas que exprimem o resultado da interpretação da lei. Exemplo: Súmula n. 343 do STF. Súmulas *extra legem* são as que objetivam limitar as possibilidades de admissão dos recursos dirigidos aos tribunais superiores. Exemplo: Súmula n.7 do STJ. Por fim, ainda de acordo com o ilustre membro do Ministério Público gaúcho, consideram-se *contra legem/inconstitucionais* as súmulas que “extrapolam os limites do ordenamento jurídico, constituindo autênticas criações legislativas”. Exemplo: Súmula n.2 do STJ. Sob outro ponto de vista, as súmulas podem ser classificadas em persuasivas ou vinculantes. Persuasivas são as súmulas que não têm força obrigatória, nem para o tribunal que as emite, nem para os juízes e cortes inferiores; podem exercer (e frequentemente exercem) grande influência no espírito de todos os operadores do Direito, mas a sua inobservância não é algo que afronte o ordenamento jurídico. São vinculantes as súmulas adotadas de força obrigatória, se não para o órgão jurisdicional que as emitiu (ao qual sempre restaria a possibilidade de alterá-las por maioria simples ou qualificada), ao menos para os juízes monocráticos e colegiados que lhe são inferiores. Possível falar-se ainda em súmula obstativa, ou impeditiva de recurso, assim entendida aquela que, se acaso observada por um juiz ou tribunal, obsta à interpretação de recurso para o juízo *ad quem*. (MUSCARI, 1999, p.39 e 40).

diminuição da sobrecarga dos tribunais e a pacificação de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito, é o que afirma SÁ (1996, p.81).

Em contrapartida, argumentos contrários à referida PEC, argumentavam a lesão da ordem constitucional com a súmula vinculante, sem contar os prejuízos tanto para os cidadãos como para o juiz, que estaria infringida sua autonomia e sua liberdade de interpretar o direito, sendo uma verdadeira afronta a Separação dos Poderes. (SÁ, 1996, p.88).

Para Reis (2009, p.151-152), a súmula vinculante, advinda do Supremo Tribunal Federal, está equiparada em alguns aspectos pertinentes à Lei Áurea, no que diz respeito às fases ocorridas na história até seu surgimento, conforme descreve a seguir:

A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal pode ser comparada, em certos aspectos relativos ao seu surgimento, à Lei Áurea. Esta, quando foi sancionada pela Princesa Isabel Regente, encerrou um ciclo de normas já tendentes a abolir a escravidão no Brasil. Primeiro, foi a *Lei do Ventre Livre*, tendentes a abolir a escravidão no Brasil, de 1871, pela qual, depois da sua promulgação, os filhos de escravos nasciam livres, porém continuavam sob a tutela dos antigos senhores, pela dependência econômica. Depois, a *Lei dos Sexagenários*, em 1885, que libertava os poucos escravos com mais de 60 anos, aqueles que eventualmente atingissem essa idade, os quais não tinham condições de prover, sozinhos, o próprio sustento. E mediante compensação de seus próprios proprietários. Finalmente, a Lei Áurea, extinguindo de modo brusco a escravidão no Brasil, agora sem qualquer compensação financeira aos antigos proprietários dos escravos. Se não tivesse, a Princesa Isabel, cedido às pressões políticas naquela oportunidade, a escravidão não teria sido bruscamente coarctada, os fazendeiros não teriam bandeado para o lado republicano e as instituições imperiais poderiam ter uma duração bem mais longa do que os 18 meses que separaram a Lei Áurea da Proclamação da República. Do mesmo modo, os enunciados relativos à jurisprudência predominante, não só do Supremo Tribunal Federal, como de todos os demais pretórios do País. Em 1963, a Súmula da Jurisprudência Predominante oferecia uma orientação não cogente a todos os julgadores, divulgando qual a posição da mais alta Corte sobre o assunto. No entanto, essa orientação – mera orientação – era acatada e respeitada pelos profissionais do Direito, inclusive os magistrados. “Conquanto a validade e a eficácia das decisões sejam, predominantemente, circunscritas às partes, *as que são proferidas pelos tribunais de cúpula – e particularmente as proferidas pelo STF – transcendem o ambiente das partes*, e com isso projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão no segmento da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito e, mesmo, em espectro maior, para toda a sociedade” Recentemente o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a súmula vinculante chegou tarde “Desde que começou a ser discutida e arquitetada em 1992 até a sua formalização em 2004, ironicamente podemos dizer que a Súmula Vinculante chegou tarde, uma vez que foram encontradas outras fórmulas para driblar o contingente de processos. A ADC, a ADPF e a ADI já são dotadas de efeito vinculante”, ressaltou o ministro.

Deduz-se que para se chegar à estrutura da súmula vinculante necessário foi galgar durante vários momentos e fases da história do judiciário brasileiro. Fato este que reafirma o que é defendido no sentido de que a súmula vinculante proporciona maior segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio.

As súmulas vinculantes - conforme preconizado desde o seu projeto - em relação às outras súmulas, têm o condão de submeter o magistrado a obedecer ao seu enunciado obrigatório, diferindo-se das demais súmulas, que são passíveis de agravo de instrumento, quando houver inconformismo da parte, possibilitam ao o magistrado julgar de forma diversa, a depender do caso concreto. (REIS, 2009, p.154).

Nesse sentido, em 1995, tem-se a proposta de Emenda Constitucional de nº 54, com a finalidade de modificar do art. 102 da Constituição Federal no intuito de inserir súmulas com eficácia vinculante, em relação aos órgãos do Poder Judiciário e Executivo.<sup>125</sup>

Essa alteração pretendida no contexto político e jurídico trouxe grande repercussão na década de 1990, principalmente no sentido de que para aplicação da súmula vinculante, seria necessário a utilizado de técnicas utilizadas no sistema da *Common Law*, e nossos operadores do direito não estariam habilitados para tanto, a começar pelas Faculdades de Direito.<sup>126</sup>

Outro argumento contrário à proposta de emenda constitucional, no que diz respeito às Súmulas, foi em relação à magistratura, pautava-se o argumento em relação ao juiz que

<sup>125</sup> [...] a PEC 54/95, com origem em texto do Senador Ronaldo Cunha Lima, em que se propunha a seguinte redação para o §2º do art. 102 da CF: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, *após sumuladas*, produzirão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”. [...] o texto final aprovado nessa Casa em 12.08.1997 (PEC 500/97), ficou com esta redação: “Terão eficácia contra todos e *efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, as decisões proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e as definitivas de mérito, se o STF assim o declarar, pelo voto de dois terços de seus membros.” (MANCUSO, 2007, p.308).

<sup>126</sup> Trata-se, a olhos vistos, de tema particularmente propício às controvérsias, o que, de resto, é compreensível e legítimo numa democracia participativa. Assim é que, por exemplo, o jornal *O Estado de São Paulo*, de 08.02.1999, alude a uma proposta alternativa, pela qual “após a edição de uma decisão por tribunais superiores, o juiz de instância inferior poderia deixar de aplicá-la se justificasse a razão e a parte descontente poderia entrar com um recurso”. Este alvitre sugere, a certos respeito, uma variante ou uma combinação das técnicas do *distinguishing* ou do *overruling*, de uso corrente no regime da *common law* [...] Todavia, aí se trata de técnicas próprias de um sistema jurídico muito diferente do nosso, e além disso, nossas Faculdades de Direito não disponibilizam disciplina voltada a capacitar o operador do Direito a lidar especificamente com a jurisprudência, por modo que futuros juízes e advogados possam, satisfatoriamente, realizar tarefas como (i) identificar, com segurança, qual o entendimento pretoriano realmente predominante num Tribunal ou numa Justiça, sobre cada matéria; (ii) distinguir, num rol de acórdãos, o que neles constitui um núcleo essencial, separando-o demais considerações periféricas (o que, no sistema da *common law* corresponde à distinção entre a *ratio decidendi* e o *obiter dicta*); (iii) alcançar, com exatidão, toda extensão – compreensão do enunciado de uma súmula vinculante, para, em seguida, aferir se o caso *sub judice* realmente nela se enquadra. (MANCUSO, 2007, p.344).

este, diante do seu dever de julgar e de sua independência para interpretar as normas, seria restringido pela súmula vinculante. (SÁ, 1996, p.101).

Vale apresentar outro argumento contrário a súmula vinculante no sentido da possibilidade prejudicar o direito de ação, a prestação jurisdicional e o acesso à justiça, diante a sua força impeditiva, indo contra o *due processo of law*. (SÁ, 1996, p.106).

Entre os argumentos que dizem respeito á inconstitucionalidade da súmula vinculante está relacionada que adotamos o sistema da *Civil Law*, o que não deve prevalecer, haja vista que a busca da dissonância da norma é justamente uma forma de almejar a segurança jurídica, contudo, a aplicação de mecanismos da teoria do precedente à Súmula Vinculante, conforme será demonstrado no próximo capítulo, poderia proporcionar maior da segurança jurídica.

Em que pese estes e outros argumentos contrários, a súmula vinculante entrou em nosso ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada como reforma do Judiciário. Comparada ao instituto do Sistema da *Common Law*, tinha a súmula vinculante o intuito de findar o excesso de demanda sobre o mesmo assunto. (MANCUSO, 2007, p.356).

A mudança decorrente da referida Emenda Constitucional consistiu na inserção do artigo 103-A, na Constituição Federal de 1988, no qual foi conferido à súmula e o efeito vinculante com semelhança ao efeito das ADINs que obrigava a todos os poderes públicos, em exceção do Poder Legislativo Federal.<sup>127</sup>

A súmula vinculante fundamentou-se no sentido de resolver as reiteradas decisões atinentes a uma mesma matéria de cunho constitucional e, para contra-argumentar a questão de que o novo instituto ofenderia o livre convencimento, foi respondido por seus defensores que o seguimento do enunciado poderia proporcionar maior prestação jurisdicional em menor

<sup>127</sup> Ao aceitar a tese de que a súmula vinculante não poderia atingir o Poder Legislativo em função da independência dos Poderes da República, o mesmo seria válido em relação ao Poder Executivo. Todavia, a razão é bem outra. O que é de se entender que o Poder Legislativo poderá criar lei sobre qualquer matéria, inclusive alterando normas vigentes, dentro dos parâmetros constitucionais, não apenas de forma (procedimento legislativo) como de conteúdo, em especial os restringidos pelo núcleo duro, também denominado de cláusulas pétreas, da Constituição. E esta nova lei poderá modificar o disciplinamento do problema. Se o Congresso Nacional decide diversamente sobre tema já especificado em enunciado vinculante da súmula, e este projeto é sancionado pelo presidente da república e devidamente publicado, não poderá o Pretório Ápice desconsiderar a nova lei, salvante a hipótese de exame de constitucionalidade, ou não, deste novo contexto. Desde que a lei nova venha a tratar diversamente do que dispõe a súmula, o assunto poderá ser submetido à Corte Altíssima, para que reexamine a questão. A proposição é permitida a todos que, dentro da pertinência temática, estejam legitimados a promover tal reexame. Os efeitos vinculantes da súmula da Altíssima Corte estão definidos na própria norma constitucional: seu objetivo é estabelecer, sem mais discussões, a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. Ou seja, a leitura desta frase deve levar a que se considere à verificação da validade da norma como sendo, substancialmente, a validade da norma face ao texto e aos princípios constitucionais. (REIS, 2009, p.180).

tempo, de forma racional e uniformizando as decisões, proporcionando maior previsibilidade e, por consequência, zelando pelo princípio da segurança jurídica. (REIS, 2009, p.134).

No mesmo sentido acima, a súmula vinculante, para aqueles que a defendem, serve como instrumento para impossibilitar desigualdades e o desrespeito ao princípio da isonomia, impedindo a criação de silogismo por parte do magistrado diante de matéria já decidida. (REIS, 2009, p.259).

Interessante dizer que o relator, diante de uma súmula vinculante, pode nela se fundamentar para negar o seguimento de um recurso, inclusive quando houver o intuito de uniformização da jurisprudência, para o fim de evitar julgamentos diversos, em decorrência de seu caráter positivo, conforme esclarece Moreira (2005, p.43).

Com a referida alteração constitucional e a possibilidade de um enunciado vinculatório tem relação não só com o princípio da isonomia, mas com o impedimento de resultados discrepantes - segundo a doutrina defensora – e ainda acarretar uma aproximação com o *Common Law*, estabelecendo, no cenário pátrio, uma vinculação relacionada ao Poder Executivo no âmbito federal, estadual e municipal da administração pública, e ao Poder Judiciário. (SILVA NETO, 2009, p.511).

Silva Neto (2009, p.518) ainda apresenta outra justificativa para a súmula vinculante relacionada com nossa Constituição, pautada na garantia de direitos, pois sendo estabelecido o Supremo Tribunal Federal como seu guardião, ele age dentro dos limites constitucionais ao editar o enunciado vinculativo.

Diante o exposto acima, o efeito vinculante das súmulas – *erga omnes* – proporciona mais segurança jurídica, almejando um tratamento em consonância com o princípio da isonomia, assim como impedindo entendimento dúplice de casos sobre o mesmo assunto. (REIS, 2009, p. 155).

Para regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal, no que trata da Súmula Vinculante, a Lei nº 11.417/2006 trata sobre a edição, a revisão e o cancelamento e também outras providências sobre a Súmula Vinculante, deixando claramente seu intuito logo no artigo primeiro.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> A redação teria sido mais feliz se dissesse que “esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento *de enunciado vinculante da súmula pelo Supremo Tribunal Federal*”. Isto porque quem é vinculante é o enunciado específico, não a súmula no seu conjunto. Veja-se que a lei não fala, no art. 2º, em *súmula vinculante*, mas em *enunciado de súmula [...] terá efeito vinculante*, redação mais tecnicamente correta. [...] Fica claro que o procedimento para criação, modificação ou extinção de enunciado vinculante da súmula é uma atividade que exige a proposta devidamente comprovada com os acórdãos das diversas e reiteradas decisões a respeito de um mesmo tema, todos julgados anteriormente, com idêntico resultado, definida a constitucionalidade ou não, em cada caso, e seguida a proposição da audiência do Procurador-Geral da República, acaso não tenha sido ele o autor da proposta. E, do mesmo modo, deixar claro que existe

Verifica-se no artigo 2º da presente lei que o quórum para aprovação, revisão ou seu cancelamento é de 2/3 (oito ministros presentes, dos dez que compõem a Corte, incluindo o presidente) dos membros do Supremo Tribunal Federal; logo, difere-se quando relacionado ao julgamento de inconstitucionalidade. Outra diferença com a ADI refere-se aos seus legitimados, previstos no artigo 3º, e sob este aspecto cumpre mencionar que o Advogado Geral de União, não tem presença legitimada para a hipótese da súmula vinculante, diferentemente do que ocorre na ADI em que ele deve estar presente para defender o ato impugnado.<sup>129</sup>

Outro aspecto interessante em relação à edição do enunciado da Súmula Vinculante é a possibilidade da existência de *Amicus Curiae*; devendo deixar claro que sua presença não significa ser parte legitimada na edição, modificação ou extinção da súmula, mas sim uma presença essencial quanto à apresentação de argumentos que possam auxiliar nas questões de grande repercussão nacional. (REIS, 2009, p.190).

Inadequado seria esquecer a reclamação constitucional<sup>130</sup>, que tem a finalidade de preservação da competência do Tribunal, sendo instrumento devido para efetivar direitos fundamentais, também prevista no artigo 7º da lei nº 11.417/2006:

---

*controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.* (REIS, 2009, p.178-179).

<sup>129</sup> A participação do Procurador-Geral da República, na espécie, toma contornos especiais. De um lado, ele está legitimado para propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante. Se, no entanto, não for ele autor da proposta, deverá se manifestar previamente sobre o tema. Será um dos primeiros passos do processo, por determinação do Ministro-relator. É um temperamento lógico ao disposto no §1º do art. 103 da Super Lei, que exige a prévia audiência do Procurador-Geral da República nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, o que está presente nos arts. 8º e 19 da Lei nº 9.868 de 10.11.99, e bem assim nos casos de pedido de medida cautelar. O Procurador-Geral da República, bem como o Advogado-Geral da União, serão ouvidos em todos os casos de ADI, posto que a norma constitucional exige que este último *defenda o ato impugnado*. Veja-se que o dispositivo determina que a sua ação seja no sentido de defender o ato impugnado sob a presunção de que o mesmo teria sido adequadamente elaborado. Na hipótese da súmula vinculante a lei não legitima a participação do Advogado-Geral da União, posto que inexistente ato impugnado a defender. O verbete somente é proposto, somente surge para decisão, quando já existem diversas e *reiteradas decisões* do Alto Pretório. Se o Procurador-Geral da República é o autor da proposição relativa à criação, modificação ou cancelamento de súmula vinculante, naturalmente estará dispensado de se pronunciar, contra ou a favor de sua aprovação. Como a lei não prefixou prazo para que o Procurador-Geral da República cumprisse esta sua nova obrigação, é de se aplicar a norma contida no Regimento Interno do STF, que é de 15 dias, o mesmo prefixado legalmente para que o Procurador-Geral se manifeste nos procedimentos relativos às ADIS e às ADCS. (REIS, 2009, p.190).

<sup>130</sup> A reclamação constitucional, por sua vez, é medida destinada a preservar a competência do Tribunal e a garantir a autoridade de suas decisões. Logo, reveste-se de grande importância o estudo da reclamação constitucional, porque alcança o *status* de instrumento processual de realização da Constituição, e, consequentemente, de efetivação dos direitos fundamentais. A reclamação constitucional passou por diversas fases até atingir o estágio atual: a) reclamação como natural decorrência da autoridade do STF, cujo reconhecimento se operou no contexto da jurisprudência do tribunal, especialmente a partir da Rcl. Nº 141/51; b) reclamação incluída no Regimento Interno do STF, tendo em vista inclusive, o permissivo da Constituição de 1946; c) reclamação inserida na Constituição de 1988; d) reclamação contra descumprimento

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

A reclamação que trata referida lei está relacionada à competência constitucional, reservada ao Supremo Tribunal Federal, e difere-se daquela prevista no art. 105, I, f da CF/88, de competência do Superior Tribunal de Justiça. Isto porque, no caso da Súmula Vinculante, a reclamação é medida de competência exclusiva do STF em decorrência da contrariedade da súmula, da negativa de vigência de súmula ou aplicação indevida de súmula. (SILVA NETO, 2009, p.518).

É salutar pontuar que no sistema da *Common Law* existe um instituto semelhante à reclamação<sup>131</sup>, denominado “*contempt of Court*”; porém, neste caso é passível de prisão e multa quando desrespeitar o mandado judicial seja em relação ao magistrado ou ao Tribunal. (REIS, 2009, p.224).

Diferente do pensamento de Reis (2009, p.227) – que relata a relação constitucional não ter natureza jurídica de ação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p.602-603), posicionam-se no sentido de que a reclamação tem natureza jurídica de ação<sup>132</sup>;

---

de súmula vinculante (EC nº45/04). Reclamação constitucional, que detêm natureza jurídica de ação, propondo-se a preservar a competência do STF e a garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF), não se confunde com *reclamação correicional*, também chamada de *correição parcial*, visto que, nesse caso, pretende-se cassar decisão de juiz que tumultua o processo, ao passo que não há propósito correicional algum na reclamação constitucional. Com a edição da Lei nº 11.417/06, atinge-se nova fase do uso da reclamação constitucional, eis que destinada agora, também, à observância do conteúdo de súmula vinculante. (SILVA NETO, 2009, p. 518).

<sup>131</sup> A reclamação “é meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo enérgico, imediato e eficaz que impeça a prossecução de violência ou atentado a ordem pública”. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela, no entender da Corte Altíssima, no âmbito do Direito Constitucional de Petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela legislação local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22,I, da CF). (REIS, 2009, p.227).

<sup>132</sup> Reclamação – Em suas origens mais remotas, a reclamação aflora da *supplicatio* do período da *cognitio extra ordinem* do direito romano e das *sopricações, querimas ou querimônias* do antigo direito português. Quanto ao direito luso-brasileiro mais recente, tem símile no agravo de ordenação não guardada (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX, de 1850, art. 669§15). Mais modernamente, a reclamação foi criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com base na teoria dos poderes implícitos, até que foi posteriormente consagrada no seu Regimento Interno, na Constituição de 1988 (arts. 102, inciso I, alínea “I”, e 105, inciso I, alínea “f”) e no Novo Código de Processo Civil (arts. 988 e ss). [...] É claro que, partindo-se

portanto, será dirigida as Cortes Supremas brasileiras por meio de uma petição inicial, observando-se os requisitos do artigo 319, caput, incisos I, II, III, IV, V e VI do Novo Código de Processo Civil, com a demonstração de forma expressa do não cumprimento do enunciado vinculante.

Em relação ao preparo, não fica dispensada a parte que propor a reclamação do seu pagamento, com exceção quando houver hipótese de isenção legal ou quando proposta por Procurador - Geral da República, conforme dispõe Regimento interno do Superior Tribunal Federal no artigo 61, § 1º, II. Após receber o pedido, o relator fará requerimento à parte quem praticou o ato impugnado apresentará resposta em cinco dias, podendo o relator suspender o processo proveniente da reclamação. (REIS, 2009, p. 249-250)

Quando a Reclamação admitida, for levada a julgamento e julgada procedente, o Supremo Tribunal Federal poderá anular ou cassar o ato administrativo, podendo também cassar a decisão impugnada, obrigando que a nova decisão seja em conformidade com o texto da súmula.

Portanto, a reclamação é o meio adequado para inibir a contrariedade da súmula vinculante, mas nada impede que sejam utilizados outros meios judiciais como o Mandado de Segurança.<sup>133</sup> Não é demais ressaltar que caso o servidor negar o cumprimento da súmula vinculante, poderá ser responsabilizado seja no âmbito cível, administrativo e até mesmo

---

da compreensão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como efetivas Cortes Supremas, isto é, como cortes de interpretação e de precedentes, o ideal é que a reclamação constituísse instrumento ligado apenas à preservação da competência do tribunal e à garantia da autoridade das decisões do tribunal para o caso concreto para o qual foram emanadas. E isso por uma razão muito simples: não faz sentido introduzir e propor filtros recursais para que essas cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor, de um lado, se, de outro, outorga-se à reclamação amplo espectro de abrangência, porque aí certamente o número de reclamações provavelmente suplantarão o número de recursos, obrigando esses tribunais a conviverem com uma carga de trabalho incompatível com suas funções constitucionais. Em um sistema ideal, portanto, os precedentes constitucionais e federais dessas Cortes devem ser naturalmente respeitados por todo o sistema de administração da Justiça Civil. Contudo, enquanto essa cultura de precedentes não é assimilada entre nós, é necessário prever os mecanismos que garantam a eficácia de determinadas decisões do Supremo tribunal federal e do Supremo Tribunal de Justiça, notadamente daquelas mencionadas no art. 988, IV. A reclamação pode ser proposta perante qualquer Tribunal e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar a autoridade se pretenda garantir. A reclamação deverá ser instruída com prova documental e deve ser dirigida ao presidente do tribunal. Assim que recebida, será autuada e distribuída ao relator da causa principal sempre que possível. [...] Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia (art. 992). O presidente do tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (art. 993). (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015. p. 602-603).

<sup>133</sup> Caberá por exemplo, Mandado de Segurança contra a autoridade administrativa que esteja resistindo à aplicação do enunciado vinculante. Não se deve esquecer, porém, que o rito do mandado de segurança, mesmo sendo de cunho sumário e, presumivelmente rápido, pode ensejar (e normalmente enseja pelo duplo grau de jurisdição) a interposição de recursos, que levará o feito até o Supremo Tribunal Federal, postergando a decisão por muito tempo. O foro competente será o juízo de Primeira Instância, salvo os casos de competência originária de algum tribunal. (REIS, 2009, p.257).

penal (art. 121 da Lei 8.112/90). Já em relação ao mesmo descumprimento, mas por parte do magistrado, o caso será levado ao Conselho da Magistratura ao qual pertence ou ao Conselho Nacional de Justiça, para que tomem as medidas cabíveis (art. 103-B § 4º da Constituição Federal vigente). (REIS, 2009, p.258-259).

## CAPÍTULO III: APLICAÇÃO DE MECANISMOS DA TEORIA DOS PRECEDENTES À SÚMULA VINCULANTE

### 3.1 Dos Precedentes - Breves Considerações

Perlustrando brevemente sobre o conceito de precedentes, tendo em vista que referido tema é abrangente o suficiente para não esgotar seu estudo no presente trabalho, apresenta-se a lição de Streck e Abboud (2013, p.42) que afirmam: “o precedente é uma decisão de um Tribunal com a aptidão a ser reproduzida seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares”.

Complementando o conceito acima, os precedentes não vinculam somente os Tribunais inferiores, mas sim todas as decisões sejam elas de primeira ou segunda instância que adequando o caso concreto ao precedente, devem efetuar sua aplicação.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, necessário pontuar que precedente não é o mesmo que jurisprudência. O precedente, conforme será estudado, é formado a partir de uma decisão que será utilizada como referência para as posteriores que estiver em volta à mesma *ratio decidendi*<sup>134</sup>. Já a jurisprudência está relacionada à uniformização de decisões de conteúdos que se alinham em prol de um entendimento unânime sobre uma determinada situação, diante de casos anteriores. (FERNANDES e FARINELLI, 2016, p.90).

No presente capítulo visa analisar a questão do precedente, que é oriundo do Sistema da *Common Law*; primeiramente como este se desenvolve no sistema inglês a partir da Supremacia do Parlamento - a Supremacia não foi em sentido absoluto ou ilimitado e, conforme será estudado no próximo item, tanto o Parlamento quanto a lei também ficaram submetidos ao *Common Law* - e principalmente a sua posição diante das questões hodiernas de Direitos Humanos.

---

<sup>134</sup>A decisão-modelo servirá de parâmetro aos casos sucessivos, e cabe ao Magistrado do caso subsequente determinar o respeito àquela anterior (tida agora como precedente). Para tanto, é preciso que haja entre elas uma identidade essencial – o *core* que justifique a resolução uniforme para ambos os casos. A afinidade entre os casos deve ser constatada por detida avaliação, levando em conta não só a ementa do precedente, mas todos os motivos determinantes à tomada daquela decisão. Se restar comprovada a correspondência entre esses motivos determinantes e a situação agora apresentada, o precedente será aplicado. Sua aplicação representa nada mais que o respeito à decisão anterior, abalizando-a por sua coerência e eficiência dentro do ordenamento. Assim, além de outros tantos benefícios que serão posteriormente analisados, se consegue estabilizar o sistema e assinalar o melhor (e, portanto, único) entendimento que se deve fazer daquela norma *in comento*. (FERNANDES, 2016, p.90).

Também se analisará como precedente se desenvolve no sistema norte-americano. Isto porque, em que pese o direito norte-americano ter sofrido grande influência da *Common Law* do sistema inglês, em decorrência da colonização e o processo de Independência, destacando-se a força da Constituição, o papel da lei e a ausência da figura do Parlamento. Nessa toada, há de considerar a importância das decisões de julgamentos já ocorridos, principalmente após o caso *Marbury vs. Madison*.

Apresentada as distinções, necessário demonstrar a estrutura dos precedentes como importante ponto a ser analisado, para o fim de buscar e melhor compreender os mecanismos utilizados neste instituto, e utilizar tais mecanismos para aprimorar a edição e a aplicação da Súmula Vinculante – presente em nosso ordenamento pátrio – em prol da segurança jurídica.

Conforme pretende demonstrar, a respeito dos precedentes, que seus mecanismos ao serem utilizados na edição e na aplicação da súmula vinculante, irão contribuir para proporcionar maior previsibilidade e certeza jurídica aos casos da realidade não só social, como também política e econômica, possibilitando que o magistrado avalie melhor a aplicação da súmula – vinculante ou persuasiva – justificando os motivos da sua aplicação ou não; além de oferecer fundamentação para até mesmo colaborar em uma hipótese de eventual revogação ou extinção de determinado enunciado do ordenamento jurídico vigente.

### 3.1.1 Dos Precedentes no direito inglês

Após a queda do império romano e início do feudalismo, com o passar dos séculos, poucas influências restaram do sistema romano germânico no cenário da Inglaterra e nas terras que a ela pertenciam, principalmente as relacionadas ao direito, prevalecendo as regras não escritas e o costume local. (TUCCI, 2004, p.151).

Sem contar que a forma de organização judiciária centralizada proporcionou o acesso à justiça aos súditos ingleses, desenvolvendo-se um sistema próprio de “direito e processos”, pautado nas sentenças, com posterior preservação do seu teor, para ser aplicado a outros casos semelhantes, evitando julgamentos distintos sobre o mesmo assunto ou similar, conforme esclarece Tucci (2004, p.153).

Essa estrutura consagra o surgimento dos chamados precedentes judiciais, voltados para um sistema de *Case Law*<sup>135</sup>, com a finalidade de dar certeza, clareza e precisão ao direito.

<sup>135</sup> Ainda, dizer que o direito inglês é um direito Judiciário significa dizer que ele é primordialmente prático, pragmático, casuístico. O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não têm princípios abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case-law*, em que os juízes são práticos e cuja função é

As atas de julgamento formavam os anuários, chamados *Year Books* que eram considerados como doutrina para o judiciário, e foram, posteriormente substituídos pelos *Law Reports*<sup>136</sup> que, por sua vez, permanecem até 1688, tendo em vista que a Revolução Gloriosa<sup>137</sup> que trouxe a ideia da Supremacia do Parlamento<sup>138</sup>, o que, no entanto, “não significou sua supremacia absoluta ou ilimitada, uma vez que o Parlamento e a lei continuaram submetidos ao common law”, conforme ensina Barbosa (2014, p.49).

Interessante observar a lição de Tucci (2014, p.157) no sentido que os “*Law Reports, eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não um determinado precedente judicial*”, e ressaltar que um paralelo entre esta lição e o estudado no capítulo anterior, pode levar à conclusão que as súmulas persuasivas, idealizadas pelo Ministro Victor Nunes Leal, têm grande semelhança nesse aspecto de ser orientação e não vinculação.

---

aplicar a justiça e não alguma fórmula de direito preestabelecida. A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada *ex nihilo*, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente. (BARBOSA, 2014, p. 46).

<sup>136</sup> Em meados do século XVI, seguindo uma natural evolução, o estilo dessas compilações foi substituído pelos *Law Reports*, em formato muito próximo aos repertórios de época moderna, com a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento. É evidente que esse novo método possibilitava maior precisão no estudo e manuseio das anteriores decisões à guisa de *precedentes*. Tornaram-se famosas as coleções de Edmund Plowden (1571), James Dyer (1585) e Edward Coke, este considerado o fundador da teoria moderna do *precedente judicial*, tendo publicado a partir de 1600, 11 volumes de repertórios (*Coke's Reports*), no exercício da função de *Chief Justice of the Common Pleas*. As notas elaboradas por Coke revelam que o seu escopo almejava, a um só tempo, imprimir certeza a uma prática que, durante séculos, encontrava-se desordenada, e, também preservar os princípios edificados pelo talento de juízes do passado, conservados nos respectivos julgamentos. (TUCCI, 2004, p. 154-155).

<sup>137</sup> A afirmação do Parlamento, sublinhada pela Revolução Inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito, como já dito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava. Portanto, em vez de pretender instituir um novo direito, mediante a afirmação da superioridade – na verdade absolutismo – do *Parliament*, nos moldes da Revolução Francesa, a Revolução Gloriosa instituiu uma ordem em que os poderes do monarca estivessem limitados pelos direitos e liberdades do povo inglês. [...] Neste ordenamento tem destaque o célebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange foi obrigado a se submeter para ascender ao trono, mediante uma espécie de acordo entre o rei e o Parlamento, visto como representante do povo. Frise-se que o *Bill of Right*, embora tenha, entre seus princípios fundamentais, a proteção da pessoa e da propriedade e determinadas garantias processuais e dimensões da liberdade política, é marcado, acima de tudo, pela submissão do soberano à lei. [...] Assim, enquanto na França o legislativo se revestiu do absolutismo por meio da produção da lei, na Inglaterra a lei representou, além de critério de contenção do arbítrio real, um elemento que se inseriu no tradicional e antigo regime do *common law*. (MARINONI, 2013, p. 46-47).

<sup>138</sup> O Parlamento com a Revolução Gloriosa venceu longa luta contra o absolutismo do rei. Diante a preocupação em conter os arbítrios do monarca, os juízes sempre estiveram ao lado do Parlamento, chegando a com ele se misturar. Assim, aí não houve qualquer necessidade de afirmar a prevalência da lei – como produto do *Parliament* – sobre os magistrados, mas sim a força do direito comum diante o poder real. Ademais, a Revolução Puritana não objetivou destruir o direito antigo, mas, ao contrário, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. (MARINONI, 2013, p. 272).

Após a Revolução Gloriosa, o instituto dos precedentes, fundamentado em uma racionalidade jurídica formal<sup>139</sup>, é fortalecido e, ao influenciar inclusive as colônias, que não poderiam contrariar o direito inglês, dá início a fase do *Judicial Review*.<sup>140</sup>

A Supremacia do Parlamento caracterizou-se como instituição dominante, com o poder de revogar leis.<sup>141</sup> Eram de grande valia a importância da lei em relação à garantir das liberdades individuais e o fato da soberania do Parlamento fazer com que os demais poderes obedecessem às regras do Poder Judiciário, conforme assevera Barbosa (2014, p.52).

Diante deste cenário, logo no início do século XIX, os precedentes<sup>142</sup> tomam nova forma, possuindo eficácia vinculante<sup>143</sup>, e com a possibilidade de revisão proclamada pelo *Chancellor* Lord Gardner, em 1966, com intuito de evitar injustiças indevidas diante das modificações da sociedade e da evolução do direito, devendo a revisão ser devidamente fundamentada e conveniente<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> [...] a racionalidade jurídica formal, própria ao direito continental europeu do final do século XIX e início do século XX, tem um nítido componente da “ética protestante”, mais claramente dos valores calvinistas – que, como é sabido, também estiveram presentes na Revolução Inglesa de 1688 (a Revolução Gloriosa) e, logo depois, à base da criação da Constituição dos Estados Unidos. Os valores religiosos que determinaram o modo de vida do protestante, que propiciou o desenvolvimento do capitalismo, exigiram um direito racional e previsível, expresso na abrangência e na clareza organizacional peculiares ao positivismo científico ou ao conceitualismo alemão do início do século XX. (MARINONI, 2014, p. 13).

<sup>140</sup> Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer dizer que, momento em que o princípio da supremacia do parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial dos seus atos, e, dessa forma, o broto do princípio da supremacia do judiciário. Neste sentido, na realidade colaborou para a solidificação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. (MARINONI, 2013, p. 42-43).

<sup>141</sup> Perceba-se que o *common law* refletia a convicção compartilhada de que era a maior expressão da razão natural desenvolvida e descrita pelo desejo coletivo de várias gerações, e que era visto como um direito fundamental acima dos atos do Parlamento, funcionando os princípios da *common law* como uma Constituição não escrita. Assim, o direito não era criado apenas pelas decisões judiciais, mas também pela prática social e pelos costumes que acabavam por criar limites ao Parlamento. (BARBOSA, 2014, p. 50).

<sup>142</sup> A primeira decisão referida como fonte da vinculação dos precedentes é o caso *Beamish v. Beamish*, de 1861, onde a *House of Lords* decidiu uma questão relacionada à validade de casamento. A *House* cita uma decisão anterior sua, de 1844, no caso *The Queen v. Millis*, para decidir que pela *common law* da Inglaterra o casamento só seria válido se celebrado por um clérigo, e se o noivo for, ele próprio, um clérigo, tal condição não valida o casamento. E assim estatuiu que quanto à forma em que o casamento é celebrado, não há diferença entre o casamento de um noivo clérigo e de um noivo leigo. Assim estabelecia o precedente: o casamento só é válido se foi celebrado por um clérigo. (NOGUEIRA, 2013, p. 131-132).

<sup>143</sup> Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, conduzida, em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecida que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: “... o direito declarado na *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legiferar com autônoma autoridade”. (TUCCI, 2004, p. 158).

<sup>144</sup> Segundo consta, A *House of Lords* exerceu pela primeira vez essa prerrogativa uma centúria depois, somente em 26 de junho 1966, ocasião em que o *Chancellor* Lord Gardner proclamou, em nome de todos os componentes da corte, uma resolução específica – *Practice Statement of Judicial Precedent* – que era prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto: “Os *Law Lords* consideraram o uso do precedente um indispensável fundamento para determinar o direito e a sua aplicação aos casos individuais.

Assim ocorre a consolidação da teoria do *stare decisis*<sup>145</sup> que fundamentada no chamado precedente vertical, com o escopo de uniformizar o direito e proporcionar certeza, é considerada “*princípio de julgamento, não meramente para solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência*”.<sup>146</sup>

Vale mencionar que a *Common Law* inglesa, em decorrência do positivismo europeu, ficou voltado ao *binding precedent*<sup>147</sup> e a prática do *judge-made law*<sup>148</sup>, levando em 1865, por

---

Este fornece pelo menos um grau de certeza sobre o qual os cidadãos podem nortear a conduta dos próprios negócios, e também uma base para o desenvolvimento ordenado das regras legais. Os Law Lords, todavia, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente a evolução futura do direito. A despeito de ser normalmente vinculante um precedente pronunciado da *House of Lords*, os seus integrantes propõem modificar a praxe atual, podendo superar uma precedente decisão quando pareça oportuno” (“... when it appears right to do so”). (TUCCI, 2004, p. 159).

<sup>145</sup> A formação da doutrina do *stare decisis* na *House of Lords* e nas Cortes de Westminster não foi fruto de um fenômeno exclusivamente britânico. Os estudos históricos-jurídicos de Gino Gorla mostram conclusivamente que o *ius commune* continental, durante todo o período compreendido entre os séculos XII e XVIII, caracterizou-se pelo caráter aberto e cosmopolita. Especial autoridade era conferida, como já adiantamos, à *communis interpretatio* dos vários países que constituíam a órbita do Direito comum europeu. Um dos mais importantes problemas desse Direito com fortes pretensões cosmopolitas foi a “uniformização do Direito através da interpretação, em um sentido lato, de um *corpus* de leis comuns ou semelhantes”. Embora inicialmente – nos séculos XII a XV – esse trabalho de construção de uma *communis interpretatio* a constituir *auctoritas* internacional ou cosmopolita fosse exercido pelos grandes professores (dottori) que se dedicavam ao estudo e à sistematização do direito romano e do direito canônico, no período mais relevante para a uniformização do Direito, por se tratar do período de formação do Estado Moderno – séculos XVI a XVIII -, essa atividade foi exercida quase que com exclusividade pelos grandes tribunais e seus juristas “forenses”. Nesse período foi reconhecido importante valor à jurisprudência como fonte do Direito, que exercia uma missão de *unificar o Direito* do Estado. Essa valorização formal da jurisprudência foi também um fenômeno cosmopolita. (BUSTAMANTE, 2012, p. 78-79).

<sup>146</sup> A moderna teoria do *stare decisis* (da expressão latina: *stare decisis et non quieta movere = mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido*) informada pelo princípio do *precedente* (vertical) com força obrigatória externa para todas as cortes inferiores, veio inicialmente cogitada em prestigiada doutrina de um dos maiores juristas ingleses de todos os tempos, Sir Baron Parke J., que, por certo, inspirado na velha lição de Blackstone, escreveu: “O nosso sistema de *Common Law* consiste na aplicação, a novos episódios, de regras legais derivadas de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de conservar a uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, desde que não se afigurem ilógicas e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não dispomos da liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que ainda não foram judicialmente aplicadas, ainda que entendamos que as referidas regras não sejam tão razoáveis e oportunas quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência”. (TUCCI, 2004, p. 160).

<sup>147</sup> Válido aclarar também que, quando se fala na *Doctrine of Binding Precedent*, há que se ter em mente algumas condicionantes para que a anterior decisão tenha carga vinculante. Merece, portanto, cautela a aplicação da referida teoria. Na verdade, pela doutrina em exame, empreende-se uma operação racional, simultaneamente, retro-operante e ultra-ativa. O caráter retro-operante decorre da necessidade inescusável a que é conduzido o intérprete em retoceder ao exame do caso pretérito, para, com origem nele, extrair a *ratio decidendi*; ou seja, o exegeta é levado a analisar o caso do qual se formatou o precedente que se pretender utilizar e dele afastar o que se denomina *obiter dictum*. Por sua vez, operando em sentido inverso, impingindo carga ultra-ativa, ao resolver um determinado litígio, o magistrado não pode perder de vista a possibilidade de que sua decisão possa, no futuro, servir de base para a solução de novos e semelhantes conflitos. A aplicação da teoria dos precedentes requer, destarte, um “olho no passado e outro no futuro”. (LIMA, 2013, p. 101-102).

sugestão de W. S. Daniel à edição de repertórios, por intermédio de um órgão composto por advogados, que escolhiam as jurisprudências para inclusão nos *Reports*.

A validade dos precedentes é o que fundamenta o Sistema da *Common Law* do povo inglês principalmente após a catalogação dos julgamentos, advindos com os *Reports*, levando maior acesso para os magistrados.<sup>149</sup>

Hodiernamente o sistema jurídico inglês inclui não só a Inglaterra como também o País de Gales. No entanto, os casos cíveis julgados no Reino Unido – Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales – têm uma última instância comum: a Supreme Court of the United Kingdom.

Cabe informar que a organização judiciária, desta Suprema Corte sofreu importantes mudanças principalmente após a Reforma iniciada em 2003, com a finalidade de estabelecer sua separação da Câmara dos Lordes, tendo em vista que a integração da Corte com o Parlamento, era voltada com o princípio da separação dos Poderes. Essa independência, que motivou o início da Reforma, acabou-se concretizando em 2005 através da *Constitucional Reform Act*.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> Note-se que isso não apenas demonstra que o *common law* confiou e apostou no judiciário, enquanto o *civil law* escravizou os juízes ao Parlamento, mas também que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *juge bouche de la loi* (juiz-boca-da-lei) e de *judge make law* (juiz legislador). (MARINONI, 2013, p. 49).

<sup>149</sup> É de se ressaltar também que o respeito aos precedentes só foi possibilitado a partir do momento em que as decisões judiciais passaram a ser catalogadas por meio de *Reports*. Antes que houvessem os *Reports*, as decisões anteriores não chegavam ao conhecimento dos juízes, e ficava extremamente difícil seguir um precedente cuja divulgação tivesse sido inexistente. Reconhecendo a importância dos *Reports*, Michael Zander afirma que um dos elementos essenciais de um sistema baseado em precedentes é torná-los disponíveis para aqueles que desejam descobrir o Direito. Os precedentes, continua ele, que não são compilados em *Reports* possuem tecnicamente a mesma autoridade de um precedente que consta dos *Reports*, mas com o advento da informática o acesso aos precedentes melhorou bastante. De acordo com Marcelo Alves Dias de Souza, “os *law reports*, num primeiro momento, servem como simples material de pesquisa para os operadores do Direito, no sentido de saber qual a regra estabelecida para determinada questão. Mas a principal utilidade dos *law reports*, sem dúvida, é demonstrar, no bojo de uma contenda judicial, qual é o direito aplicável àquele caso em julgamento”. (NOGUEIRA, 2013, p. 131).

<sup>150</sup> A *House* funcionou, por mais de 600 anos, como última instância para casos cíveis julgados na Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte e País de Gales, além de outras funções, porém a nova realidade enfrentada pelo tradicional direito inglês após o surgimento e a valorização da Comunidade Europeia afetou diretamente essa secular instituição. A ideia de ser uma Suprema Corte, que ao mesmo tempo integra o Parlamento é estranha para a Europa continental, embora essa fórmula tenha sido usada no Reino Unido durante séculos, visto que viola o princípio da separação dos poderes. Como afirma a doutrina britânica, “haverá uma separação de poderes mais completa porque os juízes da Suprema Corte não terão direito de integrar a Câmara dos Lordes quando ela atua como órgão legislador.” Em que pese a afirmação de parte da doutrina de que a antiga *House of Lords* não violava na prática o princípio da separação de poderes, o fato é que a independência do Judiciário foi mencionada no *Constitucional Reform Act* de 2005, em seu terceiro artigo, quando prevê que “o *Lord Chancellor*, os demais Ministros da Coroa, e todos com responsabilidade pelos assuntos relacionados ao Judiciário ou à administração da justiça devem defender a contínua independência do Judiciário.” (NOGUEIRA, 2013, p. 123-124).

Ademais, em virtude da adesão dos países do Reino Unido, a União Europeia, após a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos, algumas decisões passaram a ter como última instância esta referida Corte.<sup>151</sup>

Assim, como ensina Nogueira (2013, p.127-129), a Suprema Corte não possui mais a palavra final, desde 2009, quando se tratar de questões voltadas para Direitos Humanos. Contudo os precedentes continuam a ter validade, uma vez que os membros da Suprema Corte ainda continuam mantendo a mesma estrutura na qual os precedentes permanecem no topo do ordenamento inglês e não podem ser contrariados, perdurando enraizados na cultura da Inglaterra.

### 3.1.2 Dos Precedentes no direito norte-americano

Conforme consta no item 1.3.2, é forte a ligação dos Estados Unidos com o sistema da *Common Law* em virtude da sua colonização. Contudo, em decorrência de fatores históricos<sup>152</sup>, o direito norte-americano se difere do inglês em inúmeros pontos, a começar por sua Constituição escrita e o papel fundamental que as leis exercem.

<sup>151</sup> Não é possível fazer uma análise do sistema de precedentes na Inglaterra sem que tenhamos a mínima noção da composição dos Tribunais naquele país, posto que é premissa básica sabermos exatamente quem julga os casos que vão se transformar em precedentes e quem se vincula a esses precedentes. Inicialmente, porém, é de bom alvitre esclarecermos que o sistema jurídico inglês abrange a Inglaterra e País de Gales. A Escócia possui *Hight Court of Justiciary*, que é a Corte Suprema para casos criminais, enquanto que as causas cíveis são analisadas, apenas em última instância, pela Suprema Corte para o Reino Unido. Dentro da Escócia a última instância para causas cíveis é a *Court of Session*, que possui competência recursal e originária. A Irlanda do Norte, por sua vez, através da *Court of Judicature of Northern Ireland*, julga casos cíveis oriundos dos seus juizes e também podem ser revistas pela Suprema Corte sediada em Londres, Inglaterra. Outra modificação relevante no sistema judiciário inglês se deu com a criação da Corte Europeia de Direitos Humanos (*European Court of Human Rights - ECHR*), que passou a ter competência para rever algumas decisões proferidas pelas últimas instâncias de todos os países da União Europeia. O referido Tribunal foi criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (*European Convention of Human Rights - ECHR*), em seu artigo 19. Entretanto a Corte Europeia não é uma instância ordinária, pois o próprio artigo que a criou estabelece uma limitação importante à sua competência, dispondo que o Tribunal está sendo criado “a fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos.” Ou seja, ele foi criado para apreciar questões relativas à interpretação e aplicação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como de seus protocolos. A petição individual, meio processual através do qual se leva uma queixa à Corte, só é admissível, porém, após o esgotamento das vias recursais internas, conforme o art. 35, 1, da Convenção. (NOGUEIRA, 2013, p. 122-123).

<sup>152</sup> O território que hoje é os Estados Unidos nem sempre foi assim. Inicialmente a ocupação se deu apenas na parte leste, que foi dividida em 4 regiões que mais tarde ficaram conhecidas como as famosas treze colônias (Massachusetts, Rhode Island, Connecticut, Nova Hampshire, Nova Jérsei, Nova Iorque, Pensilvânia, Delaware, Virgínia, Maryland, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia), ocupada pelos ingleses. Essa parte inicial da colonização dos Estados Unidos tem pouca importância para o direito, a não ser pelo fato de a Inglaterra ter assumido a colonização e assim ter imposto seu *english way of life* às novas colônias. Geoffrey Hazars Jr. E Michele Taruffo explicam que antes da Inglaterra estabelecer-se no referido território, as colônias foram ocupadas por outros países europeus, mas a partir de 1660 a Grã-Bretanha expulsou as outras forças europeias, assegurando seu domínio sobre as treze colônias. Nesse período, prosseguem, o emergente

Os problemas do período colonial levaram também à construção do direito pautado nos preceitos bíblicos pelos puritanos, desencadeando na Independência dos Estados Unidos da América (1776), na promulgação da Constituição (1787) no *Bill of Rights* (1789), conforme indicação de Lima (2013, p.7).

Embora a influência da *Common Law*, no direito norte-americano, por questões do idioma da colonização e das obras de juristas ingleses, nem todos os Estados seguiram referido sistema, como é o caso da Lousiana que filiou-se aos sistema *Civil Law*. Sem contar, se for considerado em seu conjunto os Estados Unidos para compara-lo à Inglaterra, verifica-se que o sistema de governo, o regime de governo e a estrutura judiciária se apresenta de forma diferente, em decorrência do processo de independência. No que diz respeito à função dos precedentes, preponderantes em ambas nações, observa nos Estados Unidos coexistência maior da lei.<sup>153</sup>

Ainda em relação aos precedentes, a Inglaterra não tem a característica da rigidez da Constituição, como é o caso dos Estados Unidos; logo, não são necessários os atos do Parlamento de forma indispensável, até porque, conforme aponta Lima (2013, p.160) “o direito advindo do Parlamento deve prevalecer sobre todas as outras fontes do direito”.

---

sistema jurídico norte-americano tornou-se semelhante ao da Grã-Bretanha, tendo inclusive o *Pivy Council* – existente até hoje e com sede em Londres – exercido uma função jurisdicional recursal sobre as decisões tomadas nos territórios colonizados [...] Em 1763 a Inglaterra assina com a França o Tratado de Paris, pondo fim a um conflito entre as duas nações que ficou conhecido como Guerra dos Sete Anos. Após o fim desse conflito, a Inglaterra precisava se reerguer economicamente, posto que os gastos militares haviam sido elevados, e para tal dirigiu suas atenções às treze colônias, explorando-as economicamente, já que, após o fim da Guerra dos Sete Anos a Inglaterra emergiu como grande potência mundial. Logo após vieram algumas leis que desagradaram as treze colônias, como a Lei do Açúcar (*American Revenue Act ou Sugar Act*), de 1764, que reduzia o imposto sobre o melaço estrangeiro mas aumentava o imposto sobre o açúcar, vinhos, café, etc. “Ao indicar em sua introdução que seu objetivo era ‘melhorar a receita deste reino’, a Lei do Açúcar torna claro o mecanismo mercantilista que a Inglaterra pretendia. No segundo século da colonização, a Coroa britânica queria fazer as colônias cumprirem a sua função de colônias: engradecimento da metrópole. Ficava clara uma mudança política inglesa.” [...] Posteriormente seguiram-se novas leis com mais restrições às colônias e aos colonos, tais como: a Lei da Moeda (1764), a Lei da Hospedagem (1764), a Lei do Selo (1765) e a fatídica Lei do Chá (1773). Todas essas leis criaram restrições para as colônias, sendo que a maioria delas aumentava a carga tributária, o que provocou um movimento denominado “*no taxation without representation*” (sem representação não pode haver taxaço), pois a carga tributária foi aumentada nas colônias sem que os colonos tivessem representação no Parlamento inglês. As leis do Parlamento foram mal recebidas nas 13 colônias, e ele respondeu com mais leis, o que incentivou o processo de independência. (NOGUEIRA, 2013, p. 155-157).

<sup>153</sup> As distinções entre as duas nações existem desde o caráter mais tradicional do povo inglês em relação ao dos Estados Unidos, passando pelo sistema de governo (presidencialismo nos EUA e parlamentarismo na Inglaterra), pelo regime de governo (a monarquia inglesa e a república dos EUA), pela forma de Estado (federação nos EUA e unitário, centralizado na Inglaterra), até a própria estrutura de organização judiciária mais dispersa nos Estados Unidos do que na Inglaterra. Relativamente à função desempenhada pelos precedentes judiciais no Direito ianque também algumas considerações merecem ser lançadas para se compreender as similitudes e distinções com o papel desempenhado no ordenamento jurídico inglês. Conquanto os Estados Unidos tenham um sistema jurídico no qual o Direito jurisprudencial ainda tenha significativa prevalência, preponderando inclusive sobre o Direito legislado (*statute law*), é válido afirmar que a legislação tem avançado bastante em alguns setores jurídicos. (LIMA, 2013, p. 109).

A questão da Supremacia da Constituição no direito norte-americano foi construída diante dos fatores históricos que nos Estados Unidos vivenciaram, desde o tipo de colonização, com influência da *Common Law*; a independência da Coroa Inglesa e demais fatos descritos acima. Com a Independência, os Estados Unidos da América elaboraram seu texto Constitucional em 1787, deixando o controle constitucional para o Poder Judiciário; porém diante o sintetismo do texto da constituição, não foi conferida “a competência para a Suprema Corte para decretar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo dos demais Poderes da República”. (SOUTO, 2015, p.5).

A doutrina dominante do direito norte-americano admite a possibilidade da constitucionalidade nas mãos do Judiciário, podendo perfeitamente as Cortes invalidar quaisquer atos contrários à Constituição; considerando equivocada a teoria que defende o contrário.<sup>154</sup>

O posicionamento dominante se confirma com o caso *Marbury v. Madison*<sup>155</sup>, o marco que inicia o controle de constitucionalidade das leis, por intermédio do judiciário, que

---

<sup>154</sup> Não obstante a insuspeita competência e brilho de alguns doutrinadores que advogam a tese da ilegitimidade da Suprema Corte, porque não eleita, em julgar a adequação das leis e atos normativos com o Estatuto Básico – entre eles o talentoso Richard Parker, da *Havard Law School* –, quer me parecer que essa doutrina peca pela irrazoabilidade. Primeiro, porque os membros da Corte Suprema, no Brasil e nos Estados Unidos, são escolhidos, sabatinados e têm seus nomes aprovados por representantes do povo (Senado), eleitos democraticamente, como corre em qualquer Estado republicano. Segundo, porque a legitimidade não decorre unicamente de consulta popular direta. Terceiro, porque eleição direta e escolha de membros do Judiciário não se harmonizam, conforme demonstra a experiência de alguns dos Estados federados norte-americanos que adotam esse princípio no campo estatal. Quarto, porque o sistema atual comporta mecanismos de punição aos membros de Tribunal Supremo que eventualmente exorbitem de suas atividades institucionais. Quinto, porque embora indicado pelo Presidente e aprovado (ou não) pelo Senado, não significa que o ministro (ou *justice*) terá necessariamente que (sic) “recompensar” o Presidente da República pela indicação. O histórico recente das decisões do Supremo Tribunal Federal, no Brasil, aponta para a situação absolutamente inversa. Ora, se um ministro, porque indicado pelo Presidente da república, irá decidir de acordo com os interesses daquele, poderá muito bem se aliar a ele, Presidente, ainda que não indicado por ele, na hipótese de alteração constitucional para o procedimento de indicação, conforme propõem os críticos do sistema. (SOUTO, 2015, p. 7-8).

<sup>155</sup> Em 1800 foram realizadas nos Estados Unidos as eleições presidenciais, onde concorriam John Adams (Partido Federalista e candidato à reeleição) e Thomas Jefferson (Partido Republicano). A eleição foi ganha por Jefferson, e Adams ficou em terceiro lugar. Em janeiro de 1801 Adams, ainda Presidente, nomeia seu Secretário de Estado, John Marshall, como *Chief Justice*. Até o final do mandato de Adams, Marshall acumulou as duas funções. No dia 27 de fevereiro de 1801, faltando menos de uma semana para o fim do mandato de Adams o Congresso americano criou a Lei Orgânica do Distrito de Columbia, que autorizava o presidente nomear 42 juizes de paz, cujas funções eram distintas daquelas exercidas por um juiz de paz daqui do Brasil. No dia 2 de março daquele mesmo ano Adams anuncia a nomeação dos juizes, o que é confirmado no dia seguinte pelo Congresso, sendo que imediatamente o Secretário de Estado, John Marshall, assina as nomeações. No dia 04 de março de 1801 Thomas Jefferson toma posse como terceiro presidente da história dos Estados Unidos da América. Algumas nomeações não foram entregues por falta de tempo, incluindo a de William Marbury, e Thomas Jefferson instruiu seu Secretário de Estado, James Madison, a reter as nomeações que não foram entregues. Em dezembro de 1801 Marbury, em litisconsórcio com outras pessoas na mesma situação, vai até a Supremacia da Corte com um *writ of mandamus*, pedindo que ela ordene a Madison entregar a nomeação. O pedido é fundado no *Judiciary Act* de 1789 (Lei da Organização Judiciária

também demonstra a força do caso concreto, tornando-se conseqüentemente, um precedente. Nesse caso *Marbury v. Madison*, destacou-se do brilhantismo do julgamento do juiz John Marshall que, para não sofrer um processo de *impeachment*<sup>156</sup> assim como não ir contra seus ideais pautados no Federalismo, prolatou um julgamento imparcial, considerando a Corte incompetente para analisar o caso em questão, ponto considerado marco para o estudo do controle de constitucionalidade.

O histórico dos *case book* no direito norte-americano é pautado por grandes conquistas e construção do Judiciário, não devendo ficar somente neste no caso *Marbury v. Madison*, até mesmo porque há outros importantes casos como o de *Fletcher v. Peck*, assim como o de *Dred Scott v. Sandford* e o de *Brown v. Board of Education of Topeka*; muito embora estes dois últimos quase não sejam citados nas doutrinas, em decorrência da vergonha que representam para o país, que tanto lutou e luta pela não discriminação racial.

No caso *Fletcher v. Peck*, considerado como a segunda pedra fundamental nos Estados Unidos – a primeira é o caso *Marbury v. Madison* – restou estabelecido à Suprema Corte a competência definitiva para realizar o controle de constitucionalidade e de

---

Federal, de 27 de dezembro, aprovada na primeira sessão do Congresso americano), que outorgava à Suprema Corte competência originária para conhecer da causa. John Marshall, como *Chief Justice*, encontrava-se numa situação delicada, pois havia sido o Secretário responsável pelas nomeações que não foram feitas por Jefferson e impugnadas por Marbury, e agora tinha que julgar a validade da omissão do Executivo. Hoje em dia é fácil perceber que John Marshall estava impedido de julgar a causa, mas os fatos se deram em 1803. “O Presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à prática do ATP desejado por Marbury. O secretário Madison esnobou o tribunal, não apresentando nenhuma defesa. A Corte, então, marcou o início do julgamento do *writ* para 1802. Em resposta, o Congresso, agora dominado pelos republicanos, alterou o calendário de funcionamento da Suprema Corte, suprimindo dele o período que havia sido designado para julgamento do caso.” A situação política naquele momento era extremamente delicada. John Marshall, entretanto, foi genial, pois a Suprema Corte declara inconstitucional a parte da *Judiciary Act*, lei que dá o Tribunal competência para apreciar a causa, e não julga o mérito da causa. Como *obiter dicta* Marshall disse que a não nomeação era um absurdo, e que Marbury teria direito a ela, e que a via eleita era adequada. Naquele contexto Marshall corria o risco de sofrer o *impeachment*, pois havia uma acirrada disputa política em jogo, razão pela qual a saída encontrada por Marshall é até hoje considerada por muitos como genial. Ao mesmo tempo em que reconhece que a nomeação era um direito de Marbury, ele não concede esse direito a ele, por entender que a Suprema Corte era incompetente para apreciar o pleito. (NOGUEIRA, 2013, p. 163-165).

<sup>156</sup> Tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, o processo de *impeachment* tem natureza política, destinado a apurar a responsabilidade do Presidente da República (ou outras autoridades) decorrente de conduta umbilicalmente ligada ao exercício da função pública. Não tem repercussão na esfera criminal, embora eventualmente o ato que justifica o pedido de *impeachment* pode também se configurar conduta capitulada no Código Penal. Nessa hipótese, a apuração se dará em instâncias distintas, de modo que o resultado obtido em um processo não contamina o outro, ou seja, a absolvição no processo comum não tem o condão de influenciar no resultado do processo por crime de responsabilidade e vice-versa. O processo de *impeachment* pressupõe que o acusado encontra-se no exercício do cargo, porquanto sua finalidade é justamente afastá-lo em razão da conduta constitucionalmente reprovável. Se a autoridade renunciar antes da abertura do processo ou do julgamento, ocorrerá a perda do objeto, como conseqüente arquivamento. (SOUTO, 2015, p. 29).

inconstitucionalidade dos Atos do Legislativo e demais Estados-Membros, sobressaindo-se novamente a luz do juiz John Marshall.<sup>157</sup>

Quanto aos outros dois casos, é de grande relevância mencioná-los no estudo dos precedentes norte-americanos, haja vista refletirem a luta diante dos problemas pautados na questão racial. É fato que, assim como o Brasil, os Estados Unidos foi palco lamentável da presença da escravidão negra, com reflexos até os dias atuais; se diferenciando porém do Brasil, no sentido de ser muito mais gritante e intensa a luta dos negros para conquistarem seu espaço e direitos iguais aos demais cidadãos americanos, inclusive buscando seus direitos nas Cortes Supremas.

O *case Dred Scott v. Sandford* é o marco do início da busca incessante desses direitos de igualdade, devendo reafirmar ser um caso que muito envergonha o direito norte-americano diante do resultado discriminatório e vexatório de seu julgado. Isto porque, Dred Scott, foi um escravo que, residindo com seu dono num determinado espaço de tempo em um Estado no qual fora permitido o banimento da escravidão, pleiteou seu pedido de alforria e, diante da negativa, levou o caso à Suprema Corte. Souto (2015, p.55) descreve o absurdo entendimento, adotado pela Suprema Corte de que, por ser escravo e negro, logo não poderia ser considerado cidadão americano, faltando-lhe, portanto, legitimidade ativa para poder pleitear sua liberdade.

A incansável luta pelos Direitos Civis e inúmeros movimentos trouxe grande reflexos para os precedentes no direito norte americano, principalmente em decorrência da Abolição da Escravatura, e da Guerra da Secessão, e da Proclamação de Anistia e Reconstrução.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> O Estado de Geórgia (sic) “reclamou” a propriedade de uma vasta extensão de terra de aproximadamente 35 milhões de acres, não obstante a maior parte dessa extensa área ser habitada pelo povo *Muskogge (Creek Indians)*. O Poder Legislativo estadual “autoriza” o Estado a vender as terras e a partir de 1780 os governos estaduais que se sucedem alienam, mediante a chancela legislativa, parte desse novo território. Em 1795 é alienado, por assim dizer, o maior lote, a *Yazoo Company*, que tinha entre seus sócios membros do Congresso, três juízes, sendo um deles da Suprema Corte dos Estados Unidos. O *Yazoo Territory* acabou sendo revendido a algumas pessoas. Um dos compradores era John Peck, que o revendeu a Fletcher. As negociações em torno dessas terras foram motivos de enorme repercussão no Estado da Geórgia ante a suspeita de corrupção envolvendo o Poder Legislativo estadual. Como decorrência dessa suspeita – em verdade quase certeza –, na eleição seguinte a esmagadora maioria dos legisladores não conseguiu reeleger, o que revelou uma espécie de punição popular pelo escândalo das terras. No ano seguinte, em 1796, o Poder Legislativo recém-empossado resolve anular a venda das terras, o que motivou Fletcher a mover uma ação contra Peck porquanto comprara e estava na iminência de não receber as terras em razão do ato anulatório aprovado pelo Legislativo do Estado da Geórgia. [...] Para Marshall, o Estado (da Geórgia) não podia ser encarado de forma isolada, como uma unidade singular, soberana e desconectada, a quem nenhuma restrição poderia ser imposta senão aquelas previstas na sua própria constituição. Desse modo, ele repeliu a alegação de que a Suprema Corte não teria jurisdição constitucional sobre os atos normativos do Estado-Membro, acrescentando que o Estado da Geórgia era parte de um largo império, integrava a federação americana, e a Supremacia da Constituição Federal, reconhecida por todos, impunha limites as legislaturas dos Estados. (SOUTO, 2015, p. 41-42).

Outro aspecto a ser considerado é o papel da *equity*<sup>159</sup> no direito norte americano. A busca pela equidade e pelo equilíbrio do direito está presente desde as Universidades, estendendo-se durante a atuação profissional na área do Direito, por meio da *American Bar Association* (equivalente a nossa Ordem dos Advogados do Brasil).<sup>160</sup>

Importante ilustrar que na Suprema Corte ocorreu um ativismo sem precedentes, revelado diretamente após a doutrina do *separate but equal*<sup>161</sup>, que se desenvolveu no final do século XIX, exemplificando o modelo de segregação a ser seguido, com o caso de *Brown v. Board of Education of Topeka*<sup>162</sup>, apresentando uma nova interpretação ao direito e a dignidade da pessoa humana em busca da não discriminação racial.

<sup>158</sup> A “Proclamação de Anistia e Reconstrução” concedia anistia aos rebeldes, exceto para os líderes políticos e militares, e exigia, ainda, respeito aos direitos dos negros, a exemplo do direito ao voto, entre outros. Nessa linha de afirmação dos direitos dos negros, importante destacar a Lei dos Direitos Cívicos de 1875 (*Civil Rights Act of 1875*), que se juntou às três Emendas Constitucionais e outras leis federais adotadas com idêntico propósito. Essa lei assegurava a todas as pessoas igualdade de tratamento em hotéis, casa de espetáculos, teatros etc., impondo penalidades para eventual descumprimento dos seus termos. Agasalhava o evidente propósito de evitar a discriminação contra os negros recentemente emancipados. (SOUTO, 2015, p. 60).

<sup>159</sup> No que diz respeito à *Equity* nos EUA, a situação é a seguinte, conforme relatam Walter A. Schmaker e George Foster Longsdorf: “Em alguns Estados, toda a jurisdição foi, por lei escrita, *statute*, conferida às cortes de *Common Law*, que a exercem como ramos distintos e separados de sua autoridade, segundo os princípios e conforme os modos e formas previamente adotados pela Chancelaria. Em poucos (Estados), as jurisdições dos tribunais da *Common Law* e da *equity* foram amalgamados, e um inteiro sistema foi substituído, administrado mais de acordo com os princípios e formas da *equity* do que os princípios e formas da *Common Law* (em tradução livre).” No que se refere ao contraste *Common Law v. statute law*, dissemos, anteriormente, e voltamos a repetir: é avassaladora a influência do *jus scriptum* nos EUA, embora permaneça o *case law* como a espinha dorsal do sistema, tanto em nível federal dos Estados federados (Lousiana excetuada). (SOARES, 2000, p.61-62).

<sup>160</sup> É importante observar que o sistema universitário dos EUA, nas *Law Schools*, consegue equilibrar os princípios da liberdade do ensino, com um grande rigor nos seus conteúdos profissionalizantes, devido ao severo controle que a American Bar Association exerce sobre as mesmas, através um sistema de verificações periódicas, total publicidade de suas visitas imprevistas e controle *a posteriori*, através de publicidade dos “exames de ordem” (o Nacional Bar Examination). Tais interesses estamentais, sem dúvida necessários são, contudo, contrabalançados pela liberdade de investigação da universidade, o que se verifica pela oportunidade de os estudantes poderem armar seus currículos escolares, com um grande leque de matérias optativas, e pela liberdade de os estabelecimentos acadêmicos poderem ministrar seus cursos com o conteúdo e metodologia que bem entenderem. Nesse particular, em algumas *Law Schools* há a figura de um “tutor” que ajuda os estudantes a egerem cursos adequados a uma especialização pretendida. (IBIDEM, 2000, p.71).

<sup>161</sup> A *Separate bur equal* (separado mas iguais) promoveu, aprovou leis e conseguiu o beneplácito da Suprema Corte para introduzir a separação entre negros e brancos em praticamente todo o território dos Estados Unidos, com maior ênfase nos Estados do Sul e nos de fronteira. Por ela e com ela uma série de leis estaduais determinava como deveria se dar a convivência entre brancos, negros, pardos e mulatos, estabelecendo regras rígidas que alcançavam desde o acesso a restaurantes, vagões de trens, assento em ônibus, escolas, teatros, relações inter-raciais etc. Em tese, o princípio era (sic) de igualdade de tratamento, de modo que as acomodações, as escolas, os banheiros deveriam ter idêntica estrutura para brancos e negros, contudo, separados. A igualdade, porém, era somente formal, pois escolas destinadas a negros comumente recebiam menos investimentos dos governos, assim como os serviços sociais a eles prestados eram de qualidade inferior. (SOUTO, 2015, p.65).

<sup>162</sup> Para assistir aulas numa escola pública, Linda Brown, de 8 anos de idade, tinha que cruzar a cidade de Topeka (Kansas), muito embora existissem escolas públicas a poucos quarteirões de sua casa. Entretanto, as escolas que haviam na redondezas não aceitavam Brown como estudante, porque destinadas exclusivamente a crianças de cor branca. [...] Ao julgar em grau de recurso a ação intentada pelo pai da menor Linda Brown, a Corte decidiu que a doutrina dos iguais mas separados praticada nas escolas públicas não proporcionava as

É preciso insistir também no fato de que o precedente, no direito norte americano, não possui o mesmo rigorismo da Inglaterra; e que, em razão da maior flexibilidade, decorrente da doutrina do *stare decisis*, verifica-se a possibilidade de sua alteração quando cabalmente mostrada a impossibilidade de sua aplicação no novo caso concreto, estendendo-se este posicionamento até mesmo para as cortes abaixo daquela que deu surgimento ao precedente. (LIMA, 2013, p.110-111).

Interessante se faz mencionar o resultado da *class action* e do *amicus curiae* influenciando como precedente, no direito ianque, e deixa claramente demonstrado a figura das decisões judiciais de cunho coletivo. É o que se verificou no caso emblemático a respeito do aborto pretendido por Jane Roe, cidadã norte-americana, que não tinha o interesse de prosseguir com sua gravidez. A ação por ela movida para questionar a inconstitucionalidade da lei que proibia o aborto acabou influenciando uma *class action* para todas as demais mulheres que tinham o mesmo interesse, sob o argumento do direito de liberdade sobre o próprio corpo; direito este que foi assegurado ao chegar o caso na Corte.<sup>163</sup>

---

crianças “do grupo minoritário” as mesmas oportunidades educacionais e, ainda, mais grave, causava-lhe (ao citado grupo minoritário) uma sensação de inferioridade, que afetava-lhe a motivação para aprender: “A segregação sancionada pela lei induz ao retardamento educacional e ao desenvolvimento mental das crianças negras e as priva de alguns benefícios que elas receberiam num sistema escolar em que houvesse integração das raças”. (SOUTO, 2015, p.74-75).

<sup>163</sup> Na década de 70, vários Estados norte-americanos, cada um a seu modo, ainda proibiam a prática de aborto, somente admitindo-o em situações excepcionais. O Estado do Texas era um deles. A lei texana que baniu o aborto teve sua constitucionalidade questionada por Jane Roe, uma cidadã norte-americana solteira e grávida que não intencionava prosseguir a gravidez, e diante da vedação normativa, resolveu impugná-la judicialmente, argumentado a contrariedade da lei estadual frente à Constituição Federal, que, no seu entender, protegia o direito a liberdade (numa compreensão lata do termo), aí incluído o direito ao aborto. [...] Esse detalhe constituía-se na primeira dificuldade dos advogados de Roe, na medida em que o pedido era para autorizar a prática do aborto e poderia a Justiça entender que lhe faltava o *standing to sue* (interesse de agir), uma condição essencial ao direito de ação, porquanto, no entender de alguns, somente a pessoa que iria praticar o aborto (e não aquela em quem o aborto seria praticado) preencheria esse requisito. Outro problema, igualmente de natureza processual, residia na exiguidade do tempo para obter um provimento judicial que permitisse o aborto, pois, se a autorização não fosse dada com a celeridade devida, o caso poderia se tornar *moot* (irrelevante). Não obstante essas dificuldades, a ação foi ajuizada em março de 1970, perante a Corte federal do Quinto Circuito, com o pedido de declaração da inconstitucionalidade da lei estadual. [...] Em maio do mesmo ano, a ação, antes restrita a Jane Roe, foi transformada numa *class action*, o que possibilitou a representação de todas as mulheres grávidas. Trata-se de uma particularidade no sistema jurídico norte-americano sem paralelo no direito brasileiro. Numa perspectiva de Direito Comparado poder-se-ia dizer que a *class action* do direito ianque se aproxima da ação civil pública do direito brasileiro, em razão do número de beneficiários indefinido que a decisão judicial possibilita. A interpretação que as autoridades estaduais imprimiam à legislação inquinada de inconstitucionalidade era no sentido de que o feto possuía direito à vida, independentemente do período de gestação, e, portanto, a mulher não poderia decidir se manteria ou não a gravidez. [...] O caso chegou à Suprema Corte em dezembro de 1971, oportunidade em que os advogados de Roe insistiram no argumento de que a Constituição Federal protege a pessoa humana no momento do nascimento e que as pessoas efetivamente nascidas são cidadãos, não as meramente concebidas. Na Suprema Corte, 41 *amicus curiae* se juntaram a Roe, dentre elas organizações médicas de âmbito nacional, teólogos e antropólogos, todos sustentando o direito ao aborto. A Corte Suprema, num julgamento longo e, de certo modo, tumultuado, entendeu inconstitucional a lei do Texas, assegurando a Roe o direito ao aborto, fundado na *personal autonomy* e no *right of privacy* (autonomia pessoal e direito à privacidade), tão caros à

Em que pese no caso acima ter se decidido pela possibilidade do aborto, o fato da morosidade não permitiu julgamento imediato, e assim, ao tempo do resultado final, Roe já havia dado à luz. Contudo, o caso Roe v. Wade é de suma importância jurídica e política; pois, além de vincular todos os demais casos idênticos, tornou-se palco de muitas discussões por aqueles que adotam posições antagônicas sobre o assunto, valendo-se da mesma liberdade para defender pontos de vista divergentes.

Portanto, o uso dos precedentes, por meio da doutrina do *stare decisis* no sistema da *Common Law* dos Estados Unidos, busca a razoabilidade, a segurança jurídica e a imparcialidade do julgador - com possibilidade de modificação do precedente, desde que devidamente fundamentado na sua estrutura, conforme será analisado no próximo item – proporcionando mais previsibilidade e fortalecimento do Judiciário, assim como a estabilidade do ordenamento legal. (LIMA, 2013, p.113).

### 3.1.3 Efeito dos precedentes

O direito apresentado como costumeiro relacionado com a doutrina clássica do sistema da *Common Law*, atualmente é o direito dos precedentes, que são respeitados pelas Cortes, tanto do direito inglês como do norte-americano, de forma que a partir da sua criação, devem ser respeitados nos casos similares. (MARINONI, 2013, p.105).

A estrutura dos precedentes no Sistema da *Common Law* é pautada por princípios e regras seculares, verificados na história dos países que adotam esse sistema, conforme já estudado no capítulo 1 do presente trabalho, e estabelecidas nas Cortes; sendo, nestes casos, conhecidos como os precedentes verticais, conforme aponta Tucci (2004, p.247) que, nesse sentido, assevera: “*sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório*”.

Pautar-se nas circunstâncias de fato e na motivação da decisão demonstra não só o respeito a uma decisão passada, mas também a confiança depositada por meio do Judiciário,

---

sociedade norte-americana e tão vitais - e por vezes esquecidos – em outras sociedades. (SOUTO, 2015, p.112-113).

que acarreta conseqüentemente, a vinculação de tais decisões aos casos futuros<sup>164</sup>, assim, concretizando a segurança jurídica das decisões judiciais.

Justamente por estes motivos é que a doutrina assevera que houve poucas modificações na doutrina dos precedentes, sendo uma delas a possibilidade de ampliar exceções no que diz respeito à rigidez da aplicação dos casos anteriores e à possibilidade de confronto com casos aparentemente idênticos. Principalmente no cenário do direito ianque, Tucci (2004, p.248) aponta a possibilidade de quebrar paradigmas diante novos precedentes e Lima (2013, p.18) destaca a regra do *stare decisis*.

As Cortes Supremas do sistema da *Common Law* - diferente do sistema da *Civil Law*<sup>165</sup> -, buscam o sentido para a solução dos casos a partir das razões determinantes para o deslinde do resultado dando uma atenção especial aos votos do julgamento; de forma que podem decidir um caso, sem que este possa necessariamente vir a tornar-se um precedente, conforme será estudado mais adiante.

As razões determinantes do precedente, também conhecida como *ratio decidendi*<sup>166</sup> são um critério utilizado para definir o caso em questão com fundamentos necessários ao fim de proporcionar um enunciado que possa decidir o caso concreto.

A força obrigatória dos precedentes - sendo mais flexível a hipótese de mudança no direito ianque - é denominada de *binding precedente*; porém, mesmo diante dessa força, em julgamento pode ter resultado diverso do precedente quando utilizado o método de confronto, a partir do *distinguishing*<sup>167</sup>.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 3ªed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

<sup>165</sup> No Brasil, embora não exista razão para resistir às decisões incapazes de formar precedentes, não só é importante observar que a *ratio decidendi* ou o valor precedental da decisão depende de maioria em relação ao fundamento, mas também é indispensável representar o modelo de julgamento para contemplar o pensamento da Corte sobre os fundamentos. Daí não deriva exatamente a necessidade de uma técnica de votação em separado para os fundamentos, mas a percepção de que é imprescindível saber como os membros do colegiado se pronunciaram acerca deles. Além do mais, é preciso estar atento ao número de votos suficiente para a definição de violação de norma, ainda que isso não se confunda com a maioria necessária para a elaboração da *ratio*, na medida em que não diz respeito ao fundamento, mas ao resultado e, portanto, ao provimento do recurso. De qualquer forma, a adequada discussão e a votação em separado da alegação da violação de norma tem grande relevo para que a Corte possa se desincumbir da sua missão de desenvolver o direito mediante precedentes. (MARINONI, 2015, p.15).

<sup>166</sup> Cada precedente terá, desse modo, uma *ratio decidendi*. Didaticamente, com Pierluigi Chiassoni, é possível elencar sete conceitos cunhados pela tradição sobre *ratio decidendi*: “é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; é a premissa ou a passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente para definir o caso e o próprio caso, ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes” (STRECK, ABOUD, 2013, p. 43).

<sup>167</sup> Esse referido processo de “distinção”, dependendo das circunstâncias, implica dois tipos de atividade dos tribunais: *criadora e legislativa*. O tribunal pode decidir um caso de forma contrária à solução dada em um precedente, por meio de interpretação restritiva da regra extraída do precedente em cotejo com o caso sob

A justificativa para o exposto é em tese, desenvolvida para solucionar o caso concreto, busca na *ratio decidendi* a análise do caso concreto e a necessidade de verificar os motivos determinantes que possam se relacionar com o caso concreto atual, vislumbrando principalmente o tempo da sua aplicação; para, só assim então, pontuar se é o caso de realizar na decisão alguma distinção com o precedente apontado, sendo que o restante da decisão que levou ao precedente será tão somente *obiter dictum*<sup>168</sup>, ou seja, a parte que fica a margem do julgamento, mas podendo ser um argumento persuasivo.

Em outras palavras, a *obiter dictum* – dito para morrer - é todo o restante do texto que não diz a respeito à *ratio decidendi*, e que o Tribunal não considera essencial ao julgamento, de modo que se for excluído da decisão em nada irá afetar suas razões decisórias. (NOGUEIRA, 2013, p.184).

Esse tipo de estrutura - da decisão que veio a se tornar um precedente - proporciona maior segurança jurídica, principalmente porque no momento em que o precedente ficar ultrapassado, no tempo e espaço a ser aplicado, ou até mesmo equivocado, utiliza-se a figura do *overruling*, que significa a revogação do precedente, cujo efeito é esclarecido por Tucci (2004, p.179) “o antigo paradigma hermenêutico perde todo seu valor vinculante”. O *overruling* pode receber outras nomenclaturas como *retrospective overruling*, *prospective overruling* e *anticipatory overruling*<sup>169</sup> a depender da situação concreta, podendo partir desde o juízo de primeiro grau, como também da Corte.

---

apreciação. Descobre-se aí alguma diferença juridicamente relevante entre os elementos estruturais dos dois casos. Ao acompanhar um precedente, por outro lado, o tribunal pode afastar um ponto, entendendo que tal aparentemente exceção não encontra qualquer óbice no ordenamento jurídico. Amplia-se, destarte a regra do precedente. A despeito dessas duas formas de atividade legislativa deixadas em aberto pela eficácia vinculante do precedente, a praxe do sistema da *common law* produziu, ao longo do tempo, um corpo de princípios, dos quais um número significativo, quer de maior, quer de menor importância, delineia-se tão preciso como qualquer regra legislada. (TUCCI, 2004, p. 174).

<sup>168</sup> Como regra necessária à decisão, não se confunde com o *obiter dictum*, vale dizer, passagem da motivação do julgamento que contém argumentação marginal ou simples opinião, prescindível para o deslinde da controvérsia. O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta para ser invocado como *precedente vinculante* em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão. (IBIDEM, 2004, p. 177).

<sup>169</sup> a) a *retrospective overruling*: quando a revogação opera efeito *ex tunc*, não permitindo que a anterior decisão, então substituída, seja invocada como paradigma em casos pretéritos, que aguardam julgamento; b) a *prospective overruling*: instituída pela Suprema Corte Americana, na qual o precedente revogado com eficácia *ex nunc*, isto é, somente em relação aos casos sucessivos, significando que a *ratio decidendi* substituída continua a ser emblemática, como *precedente vinculante*, aos fatos anteriormente ocorridos; c) a *anticipatory overruling*: introduzida, com inescandível arrojo, pelos tribunais nos Estados Unidos. Consiste na revogação preventiva do precedente, pelas cortes inferiores, ao fundamento de que não mais constitui *good law*, como já teria reconhecido pelo próprio tribunal *ad quem*. Basta portanto que na jurisprudência da corte superior tenha ocorrido, ainda que implicitamente, uma alteração de rumo atinente ao respectivo *precedente*. Ocorre aí, “uma espécie de delegação tácita de poder para proceder-se ao *overruling*”. (IBIDEM, 2004, p. 180).

Os motivos para a adoção do sistema do precedente e a utilização de seus mecanismos – expostos anteriormente – são a certeza e a previsibilidade que proporcionam e a garantia dada às partes de entrar em um litígio sabendo o posicionamento das Cortes, uma vez que o sistema do precedente não oferece a mesma autonomia para o julgador, como no sistema da *Civil Law*, para julgar da maneira como entender, o que causa insegurança ao jurisdicionado. (VIEIRA, 2007, p.254).

Para Fernandes e Farinelli (2016, p.92), além da previsibilidade, o presente sistema proporciona imparcialidade e estabilidade jurisdicional, assim como restaura a confiança entre as pessoas e o Judiciário. Vejamos:

[...] O respeito aos precedentes viabiliza a congruência do sistema, sendo capaz de garantir a justiça, a imparcialidade, a isonomia e a celeridade processual. Isso porque o jurisdicionado tem margem de previsibilidade sob seus atos cotidianos e pode antever a consequência jurídica sobre cada um deles. Certos de que a aplicação do Direito segue de forma coesa, tem-se a certeza de que não lhe será suprimido direito a que faz jus, nem mesmo conferida vantagem de que não goza, quando da apresentação do caso ao tribunal. Convicto da imparcialidade e da estabilidade jurisdicional, o cidadão passa a ter mais confiança no ordenamento e ajuíza agora apenas aqueles pleitos que consideram relevantes. Não se submete à mera sorte, como hoje se vê, ao depositar a interpretação do caso à arbítrio pessoal – que não orientado por lei. Ao operador do Direito, também, o sistema é extremamente benéfico. Restaurada a confiança no Poder Judiciário e conferida maior previsibilidade ao ordenamento, é possível tornar real grandes anseios do Estado Democrático de Direito, além de reduzir a carga de trabalho, garantir a duração razoável do processo e a maior qualidade da prestação jurisdicional.

Ademais, o tratamento isonômico tem relação com a segurança jurídica, facilitando a tomada de decisão diante questões idênticas e impedindo decisões discriminatórias, desprovidas de fundamentação teórica e com desvalorização dos direitos fundamentais. Sem contar que o respeito aos precedentes resulta em maior efetividade processual e celeridade no julgamento, chegando até mesmo a facilitar o acesso à justiça, quando é devidamente divulgado o precedente, levando a toda população o conhecimento dos casos concretos e das decisões proferidas.

### **3.2. Mecanismos dos Precedentes compatíveis com a Súmula Persuasivas e Vinculantes**

No item do presente estudo que tratou sobre as súmulas, sejam elas persuasivas ou vinculantes, verificou-se que elas não causam o engessamento no direito, até mesmo porque é possível a revogação do enunciado.

Entretanto, no que diz respeito à segurança jurídica, a forma de edição do enunciado de súmula e da sua aplicação aos casos concretos não proporciona a mesma segurança, se comparada com a estrutura dos precedentes utilizados no sistema da *Common Law*; motivo pelo qual se torna necessária a inserção dos mecanismos dos precedentes na formação e na utilização das súmulas presentes no direito pátrio.

Os mecanismos do precedente buscam não só a segurança jurídica, mas também a previsibilidade e a estabilidade na aplicação do direito, sendo considerada de suma importância a sua utilização, principalmente no que diz respeito à *ratio decidendi* e ao *distinshiguing*, para formar do voto dos julgadores e, somente assim, aplicar o enunciado vinculante.

É justamente nesse aspecto que recai o objeto da presente pesquisa, passando-se, pois, a estudar a partir do tópico seguinte, acerca da possibilidade de utilização dos mecanismos do precedente para a edição e aplicação das súmulas, sejam elas persuasivas ou vinculantes, para o fim de proporcionar maior estabilidade, previsibilidade e principalmente segurança jurídica na aplicação do direito.

### **3.2.1 *Ratio decidendi***

Quando uma divergência jurisprudencial do direito pátrio tem repercussão no cenário nacional, para solucionar esta discordância, são utilizados mecanismos pacificadores de divergência, tais como as súmulas, enunciados normativos ou até mesmo a o incidente recursal de demandas repetitivas, aduzido no Novo Código de Processo Civil de 2015.

Cabe lembrar que a edição da norma no direito brasileiro – oriundo do sistema da *Civil Law* – tem estrutura diversa da utilizada para edição dos precedentes do sistema da *Common Law*, e destacar que a estrutura pátria acaba afetando os litígios atuais, que não são decididos de forma isonômica, o que acarreta reflexos negativos aos casos futuros que estão pendentes de julgamentos.

Isto prejudica inclusive a aplicação do direito justo isonômico, até mesmo porque não são todos os casos que devem ser decididos da mesma forma, sendo necessário analisar o núcleo da decisão, ou em outras palavras, levar em consideração a *ratio decidendi* – que não deve ser confundida com simples enunciado vinculante.

A partir deste aspecto, verifica-se o porquê não se pode considerar a súmula - seja ela persuasiva ou vinculante - como um precedente, tendo em vista a impossibilidade de proporcionar a segurança jurídica<sup>170</sup>, por não ter uma construção nos moldes do precedente da *Common Law* e, conseqüentemente, afastar o critério de calculabilidade na aplicação do direito.

Outra questão de demasiada importância a ser lembrada tem relação com o princípio da livre convicção do juiz, expresso na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV), para analisar as provas e sentenciar, pois cada julgador tem uma visão do caso concreto, acarretando decisões conflitantes para casos idênticos.

A tentativa de utilizar as súmulas para pacificar o entendimento em casos idênticos não proporciona a mesma segurança jurídica resultante dos precedentes, tendo em vista os aspectos diferenciadores destes dois institutos jurídicos, a começar pela ausência de construção de uma tese para ensejar a *ratio decidendi* e passando pela vinculação do juiz de instâncias inferiores, impedindo-o de utilizar o *distinguishing* (ponto a ser estudado no próximo item).

Nesse sentido, a necessidade da política de precedentes se faz presente, para concretizar o princípio da segurança jurídica, como perfeitamente preleciona Lima (2013, p. 157). Senão vejamos:

A ideia de duração razoável do processo, elevada ao grau máximo de hierarquia normativa no Direito brasileiro pela Emenda Constitucional n.45/2004, com a inclusão do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, é decorrência natural da efetividade do processo. Impossível falar da prestação jurisdicional efetiva quando um processo não cumpre seu papel num tempo razoável. Da mesma forma, a efetividade da tutela depende obrigatoriamente da observância do contraditório e ampla defesa, com a possibilidade de as partes influenciarem nas decisões, tendo seus argumentos debatidos e enfrentados pelo órgão julgador. Impõe-se, todavia, pensar de que maneira uma *política de precedentes* pode verdadeiramente encurtar o tempo da prestação jurisdicional a fim de tornar a tutela mais efetiva. Em primeiro lugar, a prática de os juízes e órgãos colegiados adotarem anteriormente posicionamentos consolidados pelos tribunais superiores é algo que tende a reduzir a quantidade de recursos dos jurisdicionados sucumbentes, já que,

---

<sup>170</sup>Evidentemente a expressão “segurança jurídica” é utilizada sem ser definida. Mesmo assim, o exame do âmbito normativo em que ela foi inserida permite delimitar o seu conteúdo: se a edição da súmula tem “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública”, a citada expressão refere-se a dois aspectos materiais principais: a cognoscibilidade do ordenamento jurídico, como a exigência da previsibilidade e de vinculação normativa. Isso significa que a própria CF/88 ainda que por emenda constitucional, reconhece a segurança jurídica como elemento fundamental, assim como a define como exigência de cognoscibilidade e de calculabilidade de orientação e de aplicação do Direito. (ÁVILA, 2011, p.205).

conhecendo a jurisprudência do tribunal *ad quem*, e tendo sido a decisão proferida nesses exatos termos, será desestimulada a recorrer, com possível antecipação do trânsito em julgado e da execução do *decisum*, com entrega da prestação jurisdicional à parte vencedora. Ademais, a consolidação de entendimentos jurisprudenciais nas instâncias superiores seguida da sua reiteração pelos demais órgãos judiciários, indiretamente, desestimulará o ajuizamento de novas demandas por aqueles que confiavam na jurisprudência lotérica. Com a redução de novas ações sobre o mesmo tema, haverá uma desobstrução dos canais de acesso à justiça, permitindo que as demais causas sejam examinadas com mais vagar e num tempo mais curto. [...] Estas razões jurídicas autorizam a concluir que um sistema de precedentes pode verdadeiramente colaborar por uma justiça efetiva, encurtando o termo inicial e final das demandas e potencializando a ideia de intervenção judicial num prazo razoável.

Verifica-se que a utilização dos mecanismos dos precedentes – no caso, os utilizados no Sistema da Common Law norte-americana - se faz necessária não só pelos argumentos acima, mas também para proporcionar um ordenamento jurídico mais estável, garantindo a segurança jurídica, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e fortalecendo o respeito aos direitos fundamentais. (LIMA, 2013, p.159).

Ao utilizar a política dos precedentes, o julgamento que vem a tornar-se um precedente contém em sua estrutura, toda uma construção para chegar a *ratio decidendi*, incluindo as considerações cognitivas do magistrado – *obter dictum* – pautadas no raciocínio por ele utilizado para se chegar à conclusão da decisão.

Desta forma, destaca-se a importância da estrutura dos precedentes, em comparação com os instrumentos pátrios de pacificação de entendimento jurisprudencial, pois segundo Lima (2013, p.172) “os julgadores, quando proferem suas decisões, não estão preocupados em distinguir aquilo que é verdadeiramente a razão jurídica que os levou a estabelecer aquela decisão e o que se trata apenas de reforço argumentativo”, causando grande prejuízo às partes em razão da insegurança jurídica que sentem ao se depararem com o julgamento do caso concreto.<sup>171</sup>

Por certo que a precedentes não significa o afastamento da lei – fundamental para medir a responsabilidade legal dos padrões morais – presente desde os primórdios da sociedade, mas existem boas razões para a sua utilização, tendo em vista que seus mecanismos podem proporcionar maior segurança jurídica. Nesse sentido Holmes Junior (2004, p. 22) se posiciona da seguinte maneira:

<sup>171</sup> Veja-se, exemplificativamente, que questões discutidas pelos julgadores, porém não arguidas pelas partes, seja como causa de pedir, seja mesmo como pedido, não poderão vir a ser consideradas *ratio decidendi*. São claramente *obter dictum*. Essa dificuldade agrava-se ainda em alguns casos, seja em razão da possibilidade de ocorrência de múltiplas razões de decidir, seja pela impossibilidade de, em algumas situações, se extrair pelo menos uma *ratio* do julgado. (LIMA, 2013, p. 172).

The study upon which we have been engaged is necessary both for the knowledge and for the revision of the law. However much we may codify the law into a series of seemingly self-sufficient propositions, those propositions will be but a phase in a continuous growth. To understand their scope fully, to know how they will be dealt with by judges trained in the past which the law embodies, we must ourselves know something of that past. The history of what the law has been is necessary to the knowledge of what the law is. Again, the process which I have described has involved the attempt to follow precedents, as well as to give a good reason for them. When we find that in large and important branches of the law the various grounds of policy on which the various rules have been justified are later inventions to account for what are in fact survivals from more primitive times, we have a right to reconsider the popular reason, and taking a broader view of the field, to decide anew whether those reasons are satisfactory. They may be, notwithstanding the manner of their appearance. If truth were not often suggested by error, if old implements could not be adjusted to new uses, human progress would be slow. But scrutiny and revision are justified. But none of the foregoing considerations, nor the purpose of showing the materials for anthropology contained in the history of the law, are the immediate objects here. My aim and purpose have been to show that the various forms of liability known to modern law spring from the common ground of revenge. In the sphere of contract the fact will hardly be material outside the cases which have been stated in this lecture. But in the criminal law and the law of torts it is of the first importance. It shows that they have started from a moral basis from the thought that someone was to blame. It remains to be proved that, while the terminology of morals is still retained, and while the law does still and always, in a certain sense, measure legal liability by moral standards, it nevertheless, by the very necessity of its nature, is continually transmuted those moral standards into external or objective ones, from which the actual guilt of the party concerned is wholly eliminated.<sup>172</sup>

---

<sup>172</sup> O estudo sobre a qual temos estado envolvidos é necessário tanto para o conhecimento e para a revisão da lei. Por mais que maneira codificar a lei em uma série de proposições aparentemente auto-suficiente, essas proposições, mas será uma fase em um crescimento contínuo. Para compreender o seu alcance plenamente, para saber como eles serão tratados pelos juízes formados no passado, que a lei incorpora, devemos nos conhecer algo com esse passado. A história do que a lei tem sido necessária o conhecimento do que é a lei. Mais uma vez, o processo que eu descrevi tem envolvido a tentativa para seguir os precedentes, assim como para dar uma boa razão para eles. Quando descobrimos que em ramos grandes e importantes da lei a vários tipos de terrenos da política em que foram justificadas as várias regras são invenções posteriores para explicar o que está em sobrevivências fato desde os tempos mais primitivos, temos o direito de reconsiderar a razão populares e tendo uma visão mais ampla do campo, para decidir de novo se os motivos são satisfatórios. Eles podem ser, não obstante a forma de sua aparência. Se a verdade não eram muitas vezes sugerido por erro, se implementos antigos não poderia ser ajustada para novos usos, o progresso humano seria lento. Mas escrutínio e revisão são justificadas. Mas nenhuma das considerações precedentes, nem o propósito de mostrar os materiais para a antropologia contidas na história da lei, são o Objecto imediato aqui. Meu objetivo e propósito ter sido a de mostrar que as diversas formas de responsabilidade conhecida a primavera lei moderna da terra comum de vingança. Na esfera do contracto o fato de dificilmente será o material fora dos casos que foram declarados nesta palestra. Mas na lei penal e da lei de delitos, é de primeira importância. Isso mostra que eles começaram a partir de noções básicas morais a partir do pensamento de que alguém foi a culpa. Ele continua a ser provado que, embora a terminologia da moral ainda é mantida, e enquanto a lei faz ainda e sempre, em certo sentido, medir a responsabilidade legal pelos padrões morais, ele pela própria necessidade de sua natureza, é continuamente transmutar essas normas morais para os externos ou objetivos, a partir do qual a culpa real do interessado é totalmente eliminado.

É possível a utilização da mesma estrutura da *ratio decidendi* na súmula, para se chegar ao seu enunciado, e não simplesmente editá-lo; principalmente quando se trata da aplicação da súmula vinculante.

O enunciado da súmula vinculante se difere do precedente, pois apresenta apenas a interpretação do Tribunal que vincula todas as instâncias inferiores, mas sem a possibilidade de distinguir a *ratio decidendi* e compara-la com o caso concreto. Enfim, impõe-se o posicionamento construído, por meio de um enunciado vinculante sem apresentar os motivos pelos quais foi editado.

Outro aspecto a ser colocado em pauta é a impossibilidade do juiz decidir de forma diversa e apresentar seus motivos - sob pena de ser ajuizada reclamação -, tendo em vista o fundamento de que o enunciado vinculante deriva da Suprema Corte, conforme determinado pela Constituição, sendo considerada como uma norma. Por isso, o juiz se vê impedido de indicar motivos fáticos e jurídicos que desautorizam a aplicação do enunciado vinculante, sendo-lhe retirada a possibilidade de aplicação do *distinguishing*.

O Supremo Tribunal Federal tem a competência de editar súmulas com ou sem força cogente, refletindo seus efeitos não só para os órgãos do Judiciário, mas também para a administração pública<sup>173</sup> – direta ou indireta –; contudo, a forma como a súmula é construída, não proporciona a mesma segurança jurídica como ocorre na política dos precedentes para ensejar na *ratio decidendi*.

Não se discute a possível eficácia de julgar todos os casos relacionados à sumula editada - principalmente da súmula vinculante – para que sejam julgados de forma uniforme, a fim de assegurar a segurança jurídica almejada e evitar os efeitos da expressão *loteria jurídica*<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> A partir da mencionada modificação constitucional, o Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para estabelecer dois tipos de enunciados que integram a súmula: os de cunho tradicional, da jurisprudência predominante, sem força cogente, com efeito apenas persuasivo, e abrangente de todos os demais submetidos ao julgamento da Excelsa Corte, e a súmula vinculante, apenas relativa a matéria constitucional, e assim vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, não atingindo Poder Legislativo federal. No Brasil, onde o Direito se acha fortemente ligado à família jurídica romano-germânica, há unidade de legislação. Toda nossa legislação, nas suas principais linhas, é nacional. O âmbito do Direito material deixado aos entes federados é pouco significativo. No campo do Direito Processual é totalmente nacional. O Direito Brasileiro tem como fonte principal a lei. Assim, a tentativa de introdução de um “modelo judicial”, jurisprudencial destoa da nossa formação cultural. (REIS, 2009, p.76).

<sup>174</sup> Urge extinguir o “efeito loteria”, que pode ocorrer com decisões divergentes entre os magistrados singulares, ou entre os tribunais recursais, a fim de que, na multiplicidade de processo sobre o mesmo tema, a decisão final venha ser a mesma para todos, de modo que os mesmos efeitos sejam produzidos em relação a todos os demandantes. [...] a garantia de julgamentos uniformes irá melhorar a rapidez e a qualidade destes, reduzindo drasticamente a quantidade de injustiças que são cometidas em diversos casos concretos, quando surgem

Acontece que o simples fato de impor um enunciado<sup>175</sup>, sem apresentar as razões determinantes que levaram àquela decisão, juntamente com os demais mecanismos dos precedentes como o *overruling* e *distinguising*, pode não proporcionar a segurança jurídica, inclusive para os juízes de instâncias inferiores, que ficam engessados ao enunciado sem a possibilidade de interpretá-lo.

A ausência de *ratio decidendi* tem como possível resultado a insegurança jurídica, no sentido de que uma decisão desprovida de fundamentação equivale o mesmo pensar numa petição inicial sem a qualificação das partes ou pedido. A fundamentação a apresentação da matéria discutida; lembrando ainda que a sua existência não decorre do simples fato de apresentar doutrina e jurisprudências, devendo ser demonstrado o porquê declinou o entendimento sobre o assunto em pauta.<sup>176</sup>

Não deve convir que a decisão da Suprema Corte demonstre tão somente ser favorável ou não ao caso concreto, pois a razão de decidir terá reflexos nas decisões futuras, havendo a necessidade deixar clara (s) a (s) razão (ões) do resultado do julgamento, fator essencial para a criação do precedente.<sup>177</sup>

sentenças inteiramente contraditórias na análise de uma mesma situação jurídica, mormente de fundo constitucional. Um eventual descumprimento, por órgão administrativo ou mesmo judicante, de enunciado da súmula vinculante permite que o interessado interponha reclamação, o remédio apontado para a solução do problema da desobediência ao decisório vinculante. (IBIDEM, 2009, p.186-189).

<sup>175</sup> Quando a súmula vincular a Administração Pública, isto significa que todos os agentes públicos têm o dever de agir em conformidade com o disposto naquele enunciado vinculante. Isto é, quando o Supremo Pretório editar um verbete da súmula com efeito vinculante, o administrador público está obrigado a cumprir e a determinar o cumprimento do contido nessa súmula em favor – ou não – de todas as pessoas que estiverem em idêntica situação, ainda que não tenham proposto qualquer ação judicial ou efetuado qualquer pedido administrativo. (IBIDEM, 2009, p.190).

<sup>176</sup> Importa notar que a carência de *ratio decidendi* não ocorre apenas nos casos em que uma decisão possui relatório e dispositivo, porém não traz no seu âmago os seus fundamentos jurídicos. Também, estará desprovida de *ratio decidendi* a decisão que não enfrentar de fato a matéria trazida e discutida pelas partes (a possibilidade na decisão é uma das formas de manifestação do princípio do contraditório). A existência de *ratio decidendi* não é simplesmente transcorrer julgados (jurisprudência) ou doutrina como costumeiramente alguns magistrados têm feito, sem sequer avaliar se estas se aplicam verdadeiramente ao caso concreto. Citar jurisprudência de tribunal ou entendimento doutrinário sem avaliar o caso concreto é tentativa inglória, irresponsável e ímproba de tangenciar o dever constitucional de fundamentação das decisões. Hipóteses como essa implicam também nulidade da decisão, dado claro equívoco no procedimento. Atitudes como essa e se verificada a reincidência do juiz podem certamente culminar em abertura de processo disciplinar contra o magistrado nas corregedorias dos tribunais. Já nos países do *common law*, a ausência de pelo menos uma razão de decidir repercutirá na autoridade da decisão, restando esta bastante enfraquecida, como alertam Cross and Haris. Não poderia ser diferente, pois a falta de sustentáculo jurídico ao *decisum* contribuirá para sua breve modificação. (LIMA, 2013, p. 173-174).

<sup>177</sup> Embora a Corte deva atribuir sentido direto, o exercício da sua função é estimulado pelo recurso do litigante, que deseja ver o caso resolvido a seu favor. Contudo, quando o recurso abre oportunidade para Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão. [...] São as razões de decidir ou, mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso que assumem relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer de respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução de casos futuros. Não basta saber se a decisão é favorável ou contrária ao recorrente, mas é preciso compreender o entendimento da Corte, ou melhor, as razões que levaram a Corte

No estudo dos precedentes, são encontradas hipóteses com mais de uma razão de decidir, podendo haver duas ou mais *rationes decidendi*, oriundas dos julgados colegiados, dando a conclusão do caso concreto por caminhos diferentes.<sup>178</sup>

Além da possibilidade de *rationes decidendi*, quando houver a hipótese das decisões plurais, é usado o critério *narrowest grounds*<sup>179</sup> – opinião do grupo - para possibilitar a extração da *ratio decidendi*, por meio da busca dos elementos comuns nas opiniões dos julgadores, com o escopo de gerar unidade na decisão e um único entendimento para a solução do caso concreto.

O mesmo acima deveria ser aplicado nas súmulas vinculantes, primeiro porque uma única decisão poderá ter mais de uma razão de decidir, e também porque poderá haver hipóteses em que as opiniões divergentes dos julgadores, desde que possível encontrar um elemento em comum, gerem um único resultado.

---

decidir a favor ou contra o recorrente, escolhendo uma interpretação em detrimento de outra ou de outras. Se a Corte Suprema não deve mais se limitar a corrigir a aplicação da lei para resolver o caso concreto, não basta mais saber apenas a sua conclusão, sendo imprescindível conhecer as razões que justificam a sua decisão e a sua escolha interpretativa. São essas razões que dão corpo ao precedente, tornando-o racionalmente aceitável e aplicável aos casos futuros. (MARINONI, 2015, p.20).

<sup>178</sup> No Brasil, a pluralidade de fundamentos de uma decisão é muito utilizada para impedir – por vezes, incorretamente – o juízo positivo de admissibilidade de alguns recursos, a saber, o recurso especial, o recurso extraordinário, o agravo regimental e de instrumento etc. Os tribunais superiores, em especial no exercício da denominada jurisprudência defensiva, rejeitam a admissibilidade de recursos que não atacam todos os fundamentos da decisão. (LIMA, 2013, p. 175).

<sup>179</sup> Costuma-se associar o “*narrowest grounds*” com o caso *Marks VS. United States*, de 1977, embora se diga que a Suprema Corte anunciou a ideia pela primeira vez em 1972 ao julgar *Furman VS. Georgia*, caso em que discutia sobre a constitucionalidade de pena de morte. Em *Furman*, cinco Justices concluíram que a sentença de pena de morte, no caso, era inconstitucional. Desses cinco Justices, dois sustentaram que os procedimentos legais da Georgia que regulavam a pena de morte eram inconstitucionais. Os três Justices que atribuíram a inconstitucionalidade aos procedimentos da Georgia não trataram da questão de se a pena de morte seria constitucional em outra circunstância, ou seja, numa situação não marcada pela inconstitucionalidade do procedimento legal. Passado algum tempo, já eliminada a inconstitucionalidade em conformidade com o que decidido em *Furman*, a Suprema Corte voltou a julgar a questão da inconstitucionalidade da pena de morte em *Greeg vs. Georgia*. *Greeg* solicitou a aplicação do precedente de *Furman*, no sentido que a pena de morte era inconstitucional. Porém, os Justices, interpretando tal decisão, chegaram a conclusão de que a *ratio* deveria ser vista como a posição tomada pelos Justices que afirmaram que o procedimento legal era inconstitucional, uma vez que esses teriam concorrido no julgamento em termos de “*narrowest grounds*”. A Corte, então, considerando que o novo procedimento legal estava isento das inconstitucionalidades apontadas em *Furman*, decidiu que a imposição da pena de morte com base na nova lei era constitucionalmente admissível. Não obstante, a Suprema Corte não justificou o motivo pelo qual a posição de que a pena de morte não podia ser aceita diante da inconstitucionalidade do antigo procedimento legal da Georgia, e não a de que a pena de morte é inconstitucional em si, deveria ser vista como “*narrowest ground*”, ou mesmo o motivo pelo qual a “*narrowest*” posição deveria automaticamente ser considerada como autoritativa. Como advertiu Linda Novak, a única explicação plausível seria a de que a posição eleita teria um escopo mais restrito e seria fruto de um raciocínio intimamente ligado aos específicos fatos de *Furman*, ao passo que a posição no sentido de que a pena de morte é inconstitucional em si seria fundada em princípios dotados de maior generalidade, suscetíveis de aplicação mais abrangente. (MARINONI, 2015, p.69-70).

Contudo, não é possível conceber a hipótese de posições divergentes sobre um mesmo assunto e a partir do voto da maioria decidir o caso concreto e até mesmo editar um enunciado, sob o argumento de que se estaria diante de um precedente, gerando insegurança jurídica, pois o voto concorrente deve ter os mesmos elementos comuns e não posicionamentos antagônicos.

Portanto, a utilização dos mecanismos utilizados nos precedentes - principalmente do precedente norte-americano - pode promover uma maior segurança jurídica na edição das súmulas, principalmente quando vinculante, assim como na sua aplicação, possibilitando inclusive a utilização do *distinguishing*, como será analisado no item seguinte.

### **3.2.2 Distinguish**

O *distinguishing*, que é utilizado na política dos precedentes não se apresenta como um ato simples, estando muito distante de simplesmente utilizar no caso concreto uma jurisprudência de outro Tribunal; é sim, uma técnica com a finalidade de analisar de forma fundamentada a diferença do caso em tela com o precedente.<sup>180</sup>

Não se pode conceber a estabilidade absoluta de um precedente diante das mudanças advindas da globalização, da tecnologia, das relações familiares, das necessidades humanas e dos novos conceitos sobre direitos fundamentais, pois “no afã de se estabelecer uma justiça formal de tratar de modo igual os casos similares (treat like cases alike) se chegaria a uma

---

<sup>180</sup> Manejar os precedentes não é uma tarefa simples. Não se resume, como visto, a procurar na jurisprudência de um Tribunal os julgados relacionados com o assunto a ser pesquisado, coletar a resposta da pesquisa, fazer um exercício de “copiar-colar” e jogar tudo no papel. Definitivamente, usar os precedentes não é essa atividade mecânica, é muito mais que isso. A prática da Suprema Corte dos Estados Unidos nos revela que raramente são mencionados casos anteriores apenas pelo nome do caso, o que para nós é o número da ação ou do recurso, mas o que se vê são citações de trechos nos julgados passados para justificar as decisões do presente, bem como um estudo, inclusive filosófico e sociológico, dos precedentes. (NOGUEIRA, 2013, p. 192).

injustiça ou desigualdade substantiva”<sup>181</sup>, o que torna necessária a aplicação do *distinguishing* e *overruling*<sup>182</sup>.

O *distinguishing* possibilita que o julgador, de forma imparcial, disponha os motivos pelos quais não irá utilizar o precedente no caso concreto, fundamentando sua decisão, mostrando a autoridade e o respeito aos precedentes e o porquê da não aplicação no caso em questão.

Para isso, primeiramente é necessário apontar as diferenças entre a *ratio* e a *obter dicta*, para posteriormente informar a não aplicação da *ratio decidendi* já que a “distinção deve ser de tal maneira que demonstre a motivação suficientemente convincente para se abster de seguir uma decisão anterior, referindo-se aos princípios que fazem distinção significativa. (BARBOSA, 2014, p.227).

O mesmo mecanismo poderia ser utilizado nas súmulas – com ênfase na súmula vinculante – já que o fato de não aplicá-las não significaria não respeitar sua autoridade, mas que naquele caso precípua não teria aplicabilidade. Para isso, seria necessário, conforme informado acima, a utilização da *ratio decidendi* e a separação das razões decisórias da *obter dicta*.

Indubitável e salutar é a importância de tais mecanismos, pois a partir do momento em que o ordenamento se tornar mais previsível com referidos mecanismos e se tornar

---

<sup>181</sup> Cabe, nessa dimensão, a jurisdição constitucional ter a sensibilidade de verificar quando há necessidade de adaptação do direito ou de precedentes já consolidados à nova realidade político-social de cada sociedade, mesmo que isso implique em mudanças radicais ao custo de uma incoerência ou falta de uniformidade momentânea em relação ao sistema jurídico. Ressalta-se que essa incoerência não significa que não se esteja buscando a integridade. A integridade não significa apenas coerência entre as decisões, é mais que isso, exige o respeito ao passado, mas este respeito não significa imutabilidade dos precedentes. Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior. (BARBOSA, 2014, p. 226).

<sup>182</sup> Assim, os dois principais métodos utilizados pelos Tribunais para evitar seguir um precedente são *distinguishing* e *overruling*. Em ambos os casos é necessário que os juízes deixem claros os motivos da não aplicação do precedente. O fato de os juízes terem a possibilidade de não seguir os precedentes não significa que os precedentes não têm força obrigatória ou vinculante, mas demonstra que a força obrigatória deles é limitada. De outra parte, deve-se ter em vista o peso da tradição que o precedente tem para os juízes, assim a decisão que ele elabora, em que pese não esteja de acordo com o precedente, deve respeitar aquela tradição. Dito de outra maneira, mesmo que o julgador não aplique o precedente, ele não pode ignorá-lo, devendo explicar por quais motivos não o está aplicando naquela decisão. O precedente terá, nesse sentido, autoridade mesmo quando o juiz não o seguir, pois ao fundamentar sua decisão deverá partir do precedente e apresentar razões justificativas para não segui-lo, só o fato de ter de justificar não seguir o precedente demonstra a sua autoridade e força. A atividade de distinção (*distinguishing*) permite uma explicação mais imparcial e simples no sentido de que a decisão anterior não foi respeitada porque seus fatos são distintos, materialmente diferentes, daqueles do caso que está para ser decidido. *Distinguishing* é o procedimento dos juízes quando no processo de decisão eles distinguem entre um caso e outro. (IBIDEM, 2014, p. 226-227).

possível não aplicação das súmulas pelo método do *distinguishing*, haverá maior segurança jurídica nas relações jurídicas e menos casos inseridos no rol da expressão “*jurisprudência lotérica*”<sup>183</sup>.

A teoria da distinção oferece ao aplicador do direito e as pessoas que se socorrem do Judiciário, maior segurança jurídica, evitando julgamentos arbitrários; e, ao ser utilizadas juntamente com a teoria da revogação, evita o engessamento do ordenamento diante das modificações temporais da sociedade.

O uso do mecanismo da distinção não significa ser o precedente inconstitucional ou equivocado, e sim haver uma técnica que proporciona ao magistrado a possibilidade de interpretar a norma e verificar se o caso está relacionado com o direito objetivo.<sup>184</sup>

Ao analisar a palavra interpretar, principalmente na interpretação textual, Scalia e Garner (2012, p.56-57) apontam quatro limitações; senão vejamos:

[...] But the textualist insists on four limitations: First, the purpose must be derived from the text, nor from extrinsic sources such as legislative history or an assumption about the legal drafter’s desires. Second, the purpose must be defined precisely, and not in a fashion that smuggles in the answer to the question before the decision-maker. [...] Third, the purpose is to be described as concretely as possible, nor abstractly. For example, statutes of limitations have the purpose of ensuring that claims be brought within a specifies period – they are not to be considered as having the generalized purpose of “promoting justice”. [...] Fourth, except in the rare case of an obvious scrivener’s error, purpose – even purpose as most narrowly defined – cannot be used to contradict text or to supplement it. [...] These exceptions or limitations must be respected, and the only way to accord them their due is to reject the replacement or supplementation of text with purpose.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> [...] a crença de que os mecanismos vinculantes forjados para funcionar verticalmente assegurariam a concretização da segurança jurídica e acabariam com o fenômeno daquilo que se convencionou a chamar de jurisprudência *lotérica*. Contudo, a existência da jurisprudência *lotérica/aleatória* não se deve à falta de mecanismos vinculantes justamente porque, em nenhum lugar do mundo, são disponibilizados às Cortes Superiores tantos institutos dotados de efeito vinculante, haja vista que somente no Brasil existem a súmula vinculante e a ação declaratória de constitucionalidade. Na realidade, a falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência. (STRECK, ABOUD, 2013, p.100).

<sup>184</sup> A aplicação da *distinguishing* não deve ser confundida com o não seguimento da orientação paradigma pelo magistrado. Pelo contrário. Assume-se, em primeiro lugar, que, se a demanda em apreciação fosse a mesma, a orientação seria aplicada, sobretudo se vinculante. Entretanto, a conclusão da fundamentação é em sentido oposto. No método da distinção, o magistrado não defende que o precedente paradigma é inconstitucional ou equivocado, bem como que o mesmo foi revogado, cancelado ou em situação de desuso. Tampouco sustentará que deixará de aplicá-lo por discordar das razões do Tribunal. Assim, a distinção consubstancia a técnica mediante a qual o magistrado conclui tratar-se de hipótese diversa de aplicação do direito objetivo. (TARANTO. 2010, p. 281).

<sup>185</sup> [...] Mas o textualista insiste em quatro limitações: Em primeiro lugar, o objetivo deve ser derivado a partir do texto, nem a partir de fontes extrínsecos, como história legislativa ou uma suposição sobre os desejos do desenhador legal. Em segundo lugar, o objetivo deve ser definido com precisão, e não de uma forma que contrabandeia na resposta à pergunta antes que o marcador de decisão. [...] Em terceiro lugar, o objetivo é ser descrito o mais concretamente possível, nem abstratamente. Por exemplo, os estatutos de limitações têm a

A partir do momento que se tem a interpretação, conseqüentemente poderá não só distinguir, mas também possibilitar a construção de outro precedente. Isto porque conforme Scalia e Garner (2012, p.53): “interpretation or construction is “the ascertainment of the thought or meaning of the author of, or of the parties to, a legal document, as expressed therein according to the rules of language and subject to the rules of law”<sup>186</sup>.

### 3.2.3 *Overruling*

A utilização dos mecanismos dos precedentes evita o engessamento do ordenamento jurídico dinamizando-o ao valorar a fundamentação, não só por meio do *distinguishing*, conforme estudado no tópico acima, mas também pelo *overruling*, evitando a criação de jurisprudências contraditórias e fortalecendo a predominância de decisão uma nos Tribunais.

É de se elencar em relação à autoridade do precedente que sua força não enfraquece com o tempo em prol da certeza do direito; mas ao tornar-se ultrapassado para ser aplicado à realidade torna-se necessária, desde que perfeitamente fundamentada, a sua revogação; ou seja o *overruling*<sup>187</sup>.

O método de exclusão do precedente do mundo jurídico por meio do *overruling* faz com que os Tribunais informem quais precedentes estão vigentes, no intuito de decidir corretamente e de forma elaborada os casos.

---

finalidade de assegurar que as alegações ser interposto no prazo de um período específica - eles não devem ser considerados como tendo o propósito generalizado de "promoção da justiça". [...] Em quarto lugar, exceto no caso raro de erro de um escrivão óbvia, finalidade - mesmo propósito como mais estreitamente definida - não pode ser usado para contradizer texto ou a completá-lo. [...] Estas exceções ou limitações devem ser respeitados, e a única maneira de conceder-lhes o devido é rejeitar a substituição ou suplementação de texto com finalidade.

<sup>186</sup> Interpretação ou construção é a apuração do pensamento ou significado do autor da ou das partes, um documento legal, como ali expressos de acordo com as regras da linguagem e sujeito às regras de direito.

<sup>187</sup> Contudo, um dos mecanismos pelos quais os juízes alteram ou, até mesmo evitam a aplicação dos precedentes, é o chamado revogação (*overruling*). Este é o procedimento pelo qual uma Corte superior revoga um precedente. Uma das particularidades desse mecanismo de revogação, na Inglaterra, é que ele tem efeito *ex tunc*. Isso quer dizer que, ao ser revogado um precedente, sua não existência opera retroativamente, como se nunca, de fato, tivesse existido. Por isso, ao lado do fato de criar certeza para a *Common Law*, outras razões para não se revogar precedentes são todos os problemas financeiros e contratuais que disso decorreriam. Pode ser até que, em certas circunstâncias, um fato que antes era lícito venha a ser considerado ilícito pelo sistema de revogação. O mesmo não acontece com precedentes que sejam revogados por Estatuto. A revogação por Estatuto, assim como se dá na maior parte dos países da família Romano-Germânica, só opera com efeito *ex nunc*, ou seja, não há retroatividade. Ao contrário do que ocorre na Inglaterra, nos Estados Unidos, a Suprema Corte só revoga precedentes com efeito *ex-nunc*, afetando, assim apenas casos futuros. Isso torna o sistema norte-americano mais flexível que o britânico, já que, sendo assim, esse método não será tão evitado pelas Cortes de Justiça. (VIEIRA, 2007, p. 128).

Além da *overruling* é possível a utilização de *reversal*, que significa, segundo Taranto (2010, p.291) a “revogação de uma orientação por um juízo superior, bem como o *overruling*, que é a hipótese de parcial alteração de um precedente”.

Verifica-se que os dois métodos apresentados proporcionam maior segurança jurídica no ordenamento, e caso aplicado nas súmulas do nosso ordenamento, conseqüentemente tornariam nosso ordenamento jurídico mais seguro e previsível, características fortemente presentes nos países que aderem ao Sistema da *Common Law*.

### 3.2.4 Reflexos no novo Código de Processo Civil

A busca pela uniformização da jurisprudência e por um ordenamento mais seguro influenciou a criação do Código de Processo Civil de 2015, analisando-se no presente item, as menções acerca da utilização de súmulas – persuasivas ou vinculantes.

Numa tentativa de aproximar nosso ordenamento com o Sistema da *Common Law*, o Código nascedouro trouxe novos mecanismos em busca da segurança jurídica. Contudo, juntamente com esses, poderia ter estabelecido conforme estudado nos dois itens acima, a *ratio decidendi*, *obter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, na construção e aplicação das súmulas, principalmente nas súmulas vinculantes.

O artigo 311, II do Código de Processo Civil de 2015, que trata da tutela de evidência<sup>188</sup> e de sua concessão, é o primeiro a constar a palavra súmula, sendo uma das possibilidades nos casos arrolados as súmulas vinculantes.

Neste artigo verifica-se um equívoco em relação aos precedentes, pois não necessariamente o caso será oriundo de casos repetitivos. Ademais, o fato de não se poder analisar a *ratio* da súmula vinculante<sup>189</sup> demonstra a necessidade de reflexão sobre a

<sup>188</sup> Tutela de evidência e julgamento antecipado – Assim como uma das vertentes da tutela antecipatória do CPC/73, a tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado da lide (CPC 355). Neste, o juiz julga o próprio mérito da causa, de forma definitiva, proferindo sentença de extinção do processo com apreciação da lide (CPC 487). No julgamento antecipado da lide há sentença de mérito, impugnável por apelação e sujeita à coisa julgada material; na tutela de evidência há decisão interlocutória, impugnável por agravo e não sujeita à coisa julgada material. Pag. 872 – II – requisitos cumulativos – a redação do dispositivo demonstra que, neste caso, não basta haver direito comprovado apenas por documentação, para que se possa incidir uma das hipóteses de tutela da evidência. Será preciso, ainda, que a tese discutida no feito já tenha sido objeto de discussão de casos repetitivos ou de súmula vinculante. V., todavia, a hipótese do inciso IV. (NERY, 2015, p. 871-872).

<sup>189</sup> O art. 311, II, revela um equívoco de orientação em que incidiu o legislador a respeito do tema do *precedentes* e que também na tutela da evidência se manifesta. O que demonstra a inconsistência de defesa do réu não é o fato de a tese do autor encontrar-se fundamentada em “julgamento de casos repetitivos” (leia-se, incidente de resolução de demandas repetitivas, art. 976 e SS, e recursos repetitivos, art. 1036 e ss) ou em “súmula vinculante”. É o fato de se encontrar fundamentado em *precedente* do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ou em *jurisprudência* formada nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais

utilização dos mecanismos do precedente – leia-se: *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing* e *overruling* - na edição e aplicação dos enunciados vinculativos.

Prosseguindo sobre o assunto, o artigo 332, incisos I e IV<sup>190</sup>, do mesmo códex, cita o “*enunciado de súmula*” do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Nesta hipótese, verifica-se a importância se fosse observada a política dos precedentes quando a edição das súmulas ocorresse a partir de uma decisão fundamentada, dando-se a oportunidade de encontrar a *ratio decidendi* para se chegar ao enunciado; com isso, seria proporcionado o aumento da previsibilidade e da igualdade no ordenamento pátrio.<sup>191</sup>

---

Regionais Federais em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas. O que o art. 311, II, autoriza, portanto, é a “*tutela de evidência*” no caso de haver *precedente* do STF ou do STJ ou *jurisprudência* firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais. Esses precedentes podem ou não ser oriundos de casos repetitivos e podem ou não ter adequadamente suas razões retratadas em súmulas vinculantes. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015. pag. 202).

<sup>190</sup> I Súmula do STJ ou do STF – A súmula é o conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência dominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados. A súmula não determina o julgamento, mas serve como base para tanto, uma referência de julgamento. Nesse caso, como as súmulas do STJ e STF dão tom do entendimento adotado pelos tribunais superiores, isso significa que o juiz poderá decidir com base nelas, sem temer que sua decisão seja, posteriormente, reformada. Daí o motivo pelo qual este artigo autoriza a improcedência liminar de pedidos que as contrariem. A súmula não pode ter importância *maior* que a da Constituição e da lei. Se for vinculante – só o STF pode editar súmula vinculante –, a súmula tem importância, no máximo, *igual* à da lei. Nunca, porém, igual ou superior à da CF. [...] IV .Pedido contrário a súmula de tribunal de justiça sobre lei local – Este inciso deve ser lido da mesma maneira que aquele que trata da súmula do STF e STJ: jamais a súmula poderá ter força maior do que a lei, mas deverá apenas servir de baliza para o juiz. Vale frisar que, neste caso, a restrição diz respeito a súmula que trata de lei local: de forma alguma outros tipos de demandas sumuladas por tribunal de justiça poderiam ser tidas como improcedentes liminarmente, já que poderiam ser submetidas à revisão pelos Tribunais Superiores ou pelo STF. (NERY e NERY, 2015, p. 910-911).

<sup>191</sup> Antes de adentrar na análise do instituto, é preciso perceber de antemão, porém, que o caput do art. 332 expõe uma evidente dificuldade do legislador: a de imaginar que a formação do precedente está atrelada à determinada forma preestabelecida ou à determinada quantidade de casos existentes sobre certo assunto. Essa dificuldade aparece igualmente quando o Código trata de alguns casos em que se admite *tutela de evidência* (art. 311, II), quando disciplina *os poderes do relator* (art. 932, IV e V), *o incidente de resolução de demandas repetitivas* (arts. 976 e ss), *o cabimento da apelação* (art. 1.011, I) e *os recursos repetitivos* (art. 1.036 e ss). O precedente, porém, é um conceito *material e qualitativo* – diz respeito à *completa apreciação dos argumentos* que podem influir na solução da questão examinadora à *autoridade* de quem elabora as razões a partir de determinado caso. Nessa linha, é claro que as razões invocadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos repetitivos e no julgamento de incidente de assunção de competência podem gerar precedentes, *mas é claro que pode igualmente haver formação de precedentes a partir das razões invocadas pelas Cortes Supremas fora dessas hipóteses* – por exemplo, no julgamento de um recurso extraordinário ou de recurso especial. A mesma observação vale para hipótese em que o tribunal de justiça se pronuncia sobre a questão local – hipótese em que as suas razões devem valer questão ter sido sumulada, *é claro que pode haver precedente local oriundo de julgamento do tribunal de justiça*. E semelhante precedente local obviamente poderá dar lugar a julgamento de improcedência liminar. Dito isso, é possível avançar. O legislador viabilizou o julgamento de improcedência liminar do pedido: (i) quando houver *precedente contrário* ao pedido do autor, oriundo ou não de julgamento repetitivo ou de incidente de assunção de competência, enunciada ou não a *ratio* em uma súmula (art. 332, I, II e IV); (ii) quando houver *jurisprudência contrária* ao pedido do autor firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência (art. 332, III); (iii) quando o direito do autor tiver sido atingido pela *decadência* (art. 332, §1º); ou (iv) quando a pretensão do autor tiver sido atingida pela prescrição (art. 332, §1º). Diferentemente do que ocorre com os *precedentes* das Cortes Supremas, a *jurisprudências* das Cortes de Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) só autoriza o julgamento de improcedência liminar quando formada em incidente de resolução de demandas

Ademais o artigo 489 § 1º, inciso V<sup>192</sup>, do novo código, trata dos elementos essenciais da sentença, ditando que não se considera fundamentada a sentença que invoca precedentes ou enunciado de súmula sem demonstrar seus fundamentos determinantes. Ora, neste caso, torna-se visível que a edição da súmula seja nos moldes dos mecanismos dos precedentes, para até mesmo poder fundamentar a decisão do juiz de primeiro grau.

É de também se verificar-se, ainda, a expressão súmula nos artigos 496, § 4º inciso IV; na possibilidade de rejeição de recurso que contrariar súmulas (art. 521, IV); no artigo 926 §§ 1º e 2º ao tratar das jurisprudências dominantes<sup>193</sup> e no artigo 927, incisos II, IV e § 2º<sup>194</sup>.

---

repetitivas ou em incidente de assunção de competência. O legislador erigiu aí a *forma de incidentes* como elemento distintivo de uma força particular que resolveu outorgar à força da jurisprudência. Alguém poderia imaginar que o julgamento liminar de improcedência não poderia levar em consideração questões sobre as quais o autor não teve a oportunidade de se manifestar (arts. 5º, LV, da CF, e 10, CPC). Isso poderia levar à conclusão de que, *acaso o autor não tenha se pronunciado sobre a aplicação do precedente, da jurisprudência, da decadência ou da prescrição* ao seu caso na petição inicial, teria o juiz de oportunizar que o autor se pronunciasse sobre a aplicação de precedente ou da jurisprudência ao seu caso (viabilizando a demonstração de *eventual distinção ainda não realizada* que o autor entenda pertinente) ou sobre a decadência do direito ou a prescrição da pretensão. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015. pag. 168).

<sup>192</sup> Do mesmo modo, também são problemas ligados à ausência de identificação das normas aplicáveis ao caso concreto aqueles oriundos da *invocação de precedente sem a devida justificação* da identidade ou semelhança entre os casos (art. 489, § 1º, V) e da *omissão de justificativa capaz de levar à distinção* entre o caso sentenciado e o caso invocado como precedente ou *capaz de mostrar a superação* do precedente invocado pela parte, mas não aplicado (art. 489, §1º, VI). [...] VI – Não aplicação de súmula vinculante do STF: Controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, somente a súmula vinculante, emitida pelo STF nos casos e na forma da CF 103-A, tem natureza de texto normativo geral e abstrato e, portanto, de aplicação geral. Equivale à lei. Sua aplicação não é imediata e nem automática, pois é necessário o exercício de interpretação. Dado o caráter geral e abstrato, o juiz, ao decidir, pode ou não aplicá-la, assim como faz com a lei, que também é geral e abstrata e de cumprimento e aplicação obrigatórios (CF 5º II). Para não aplicar a súmula vinculante ao caso concreto deve afastar a sua constitucionalidade. Do contrário está obrigado a cumpri-la e aplicá-la. Para afastar a sua incidência deverá reconhecer que se trata de texto normativo inconstitucional. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015. pag. 444).

<sup>193</sup> § 1º O CPC deixou para o regimento interno de cada tribunal a função de regular a uniformização de jurisprudência por meio da súmula de jurisprudência dominante. O CPC/1973 previa o procedimento específico da uniformização da jurisprudência. § 2º Circunstâncias fáticas – a súmula deve ser o resultado de análises de casos concretos e não a fixação do entendimento do tribunal acerca de determinada questão, de acordo com os parâmetros que entendem corretos. Os parâmetros indicados pelo caso concreto é que fixam a súmula, e não o contrário. (NERY e NERY, 2015, p. 1833).

<sup>194</sup> A vinculação de juízes e tribunais ao teor da súmula vinculante do STF não decorre do CPC 927 II – nem poderia –, mas da CF 103-A, *caput*. Esta é a razão pela qual estão obrigados a aplicar a súmula vinculante às suas decisões ou a dizer porque não a aplicam. [...] IV– vinculação a súmula simples do STF e à súmula do STJ. Inconstitucionalidade – para que a súmula simples do STF e do STJ possam ter efeito vinculante a juízes e tribunais seria imprescindível que tivesse havido mudança da CF para autorizar essa vinculação. Há projetos de emenda constitucional no Congresso Nacional tratando de efeito vinculante de súmula do STJ, bem como de súmula impeditiva de recursos (PEC358/05), mas até o momento não foram votadas e nem aprovadas pelo parlamento. § 2º - Mudança de entendimento sedimentado – A vinculação das decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores ao precedente emanado pelo tribunal Impacta de forma definitiva sobre as decisões a serem tomadas por esses órgãos. Em razão disso, a mudança do entendimento sedimentado não pode ocorrer de forma aleatória, ou ao bel prazer do Tribunal. Com o poder vinculante da jurisprudência, a segurança jurídica ganha um novo parâmetro de avaliação; não se pode pois, proceder a qualquer alteração de entendimento já pacificado sem ampla discussão e participação da sociedade, mesmo porque haverá a necessidade de direcionar de forma nova a situação envolvida (tanto é assim que se admite a participação de

Verifica-se, ainda, a utilização da palavra súmula no artigo 932, IV alínea “a” e inciso V alínea “a”; na decisão do relator no artigo 955, parágrafo único, inciso I quando descumprir a súmula e o instituto da reclamação no artigo 988, inciso IV<sup>195</sup> e por fim no artigo 1035, § 3º, I<sup>196</sup> e § 11º<sup>197</sup>.

Importante mencionar, em que pese a utilização da súmula que permanece a necessidade do prequestionamento para o reexame da matéria tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, sendo de suma importância este filtro constitucional.

Verifica-se uma quantidade expressiva de utilização da palavra súmula e sua forte presença no Código Processual de 2015, motivo pelo qual se torna necessária, em nome da segurança jurídica, a utilização dos mecanismos do precedente com a finalidade não só de uniformizar a jurisprudência, mas também de proporcionar um ordenamento mais previsível, isonômico e razoável a todos os jurisdicionados.

---

peças, órgãos e entidades no processo, bem como a realização de audiências públicas). A fundamentação já é necessária de qualquer forma, em razão do disposto no CF 93 IX. (NERY e NERY, 2015, p. 1841).

<sup>195</sup> Súmula vinculante - a reclamação contra o descumprimento de súmula vinculante do STF, quer pela sua não aplicação ou pela aplicação incorreta, vem prevista na CF 103- A § 3º. Como a súmula vinculante do STF tem força de lei, seu descumprimento equivale ao descumprimento de lei. A reclamação é o mecanismo correto, para preservar-se a autoridade do STF quanto à sumula vinculante. A decisão aqui referida também pode ser impugnada por RE, nos termos da CF 102, III. Assunção de competência (CPC 947), IRDR (CPC 976) e RE e RESp (CPC 1036). Não têm constitucionalidade efeito vinculante. Para que pudessem ter, seria necessária expressa autorização da Constituição. Como ainda não existe permissão constitucional para o Poder Judiciário legislar (exceto no caso de súmula vinculante do STF (CF 103-A), e de decisão de mérito transitada em julgado em controle abstrato de constitucionalidade (CF 102 § 2º), não há que se permitir reclamação quando o conteúdo do julgamento proferido nos incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas e em RE e RESp repetitivos não tiver sido aplicado pelo órgão do judiciário. (Idem, p.1980).

<sup>196</sup> Decisão contrária à súmula ou à jurisprudência dominante do STF – A norma atribui repercussão geral à situação em que o RE agita questão decidida pela instância inferior que contrarie a súmula simples ou vinculante do STF, ou ainda, a jurisprudência do Pretório Excelso. No RE interposto contra decisão que haja contrariado súmula (simples ou vinculante) ou jurisprudência predominante do STF, existe presunção de repercussão geral (RISTF 323 §1º). Trata-se de presunção relativa (*iuris tantum*), pois o STF pode decidir contrariamente e modificar seu entendimento anterior, negando a existência de repercussão geral. O tribunal de que fala a norma comentada é o STF, pois não teria sentido admitir-se RE para preservar a integridade da jurisprudência do tribunal local. A repercussão geral existirá, também, quando a decisão impugnada contrariar a jurisprudência dominante do STF. Por jurisprudência dominante deve-se entender o conjunto de, pelo menos duas, decisões proferidas por Turmas ou Pleno do STF, firmes, transitadas em julgados, sobre determinado tema de direito. As decisões monocráticas proferidas por Ministro do STF, se externarem conteúdo de entendimento dominante do Tribunal, podem, em tese e eventualmente, configurar que a norma comentada nomina de *jurisprudência dominante do STF*. (Idem, p. 2178).

<sup>197</sup> súmula e decisão - ao decidir sobre repercussão geral, negativa ou positivamente, a turma ou pleno do STF emitirá súmula que conterà o enunciado da tese jurídica afirmada pelo Tribunal e valerá de acórdão. A ata da sessão do STF na qual foi proferido o acórdão que afirmou a tese jurídica a respeito da repercussão geral deverá ser publicada na imprensa oficial cabendo à Presidência do STF dar-lhe ampla divulgação, inclusive inserindo-a em banco eletrônico de dados, que deverá ser formado e atualizado a respeito da matéria (RISTF 329). (Idem, p. 2180).

### **3.3. Da Segurança Jurídica na Súmula Vinculante no Brasil – Contribuições e Influências dos Sistemas da *Common Law* e da *Civil Law***

O princípio da segurança jurídica é almejado em todo e qualquer Estado de Direito, independentemente do Sistema adotado. No presente trabalho, verifica-se que são dois Sistemas que influenciam nosso ordenamento; pois, embora tenha primeiramente, se baseado no Sistema da *Civil Law*, aos poucos e principalmente com o novo Código de Processo Civil, passou adotar alguns pontos favoráveis do Sistema da *Common Law*.

A segurança jurídica deve ser analisada, como exigência fundamental de um Estado, tanto como no ordenamento francês, principalmente, no Brasil, pois, em que pese termos a ideologia de Estado Democrático de Direito, o que se vivencia é um Estado com características ditatoriais e com reflexos imperdoáveis em todos os setores.

Sem um ordenamento seguro, previsível e isonômico, tem-se como consequência o afastamento da concretização não só do princípio da segurança jurídica, mas também da dignidade da pessoa humana.

Um Estado com inseguranças no ordenamento, não consegue garantir a confiança dos cidadãos – confiança analisada como princípio decorrente do princípio da segurança jurídica – e, a criação de normas, principalmente de cunho vinculatório, pode gerar a própria insegurança jurídica, quando não analisada sob a ótica da política dos precedentes.

Conforme analisado no primeiro capítulo, as súmulas têm origem nos assentos portugueses, até mesmo em decorrência da forte influência do Brasil em virtude da colonização e do ordenamento europeu.

Contudo, atualmente, tem-se adotado alguns mecanismos do Sistema da *Common Law*, ou seja, dos precedentes, com a finalidade de proporcionar um ordenamento mais seguro e previsível. Isto não significa que os países que adotam o Sistema da *Common Law* não façam críticas à aplicação do direito; mas o intuito é trazer o que é de melhor dos precedentes na aplicação do direito para nosso ordenamento.

Isto porque não é mais possível acreditar em um direito como o que existia no início da *Civil Law*, voltado para a criação de um ordenamento com a possibilidade de prever todas as situações do cotidiano da sociedade, deixando nas mãos do magistrado somente o trabalho de tão somente aplicar a lei. Nesse sentido, assevera Fernandes e Farinelli (2016, p.82):

A infalibilidade que se tentava dar ao Códex fora logo derrubada, e ainda hoje é fácil notar a incoerência daquelas proposições. A complexidade da

vida em sociedade e a constante expansão das relações jurídicas são provas inequívocas disso: não só pela possibilidade de se antever todos os possíveis casos futuros, como também pelos prejuízos advindos de leis cristalizadas e, por isso, incapazes de se adaptar à dinâmica social. Foi preciso assumir a insuficiência do sistema até então adotado para que a infalibilidade legislativa fosse deixada de lado, permitindo que se alcançassem novas formas de conjugação do Direito ao meio em que ele se insere. Isso porque não se pretendia afastar a qualidade de mantenedor do *status quo*, tão necessária à manutenção da ordem e garantia da paz social (objetivos intrínsecos à atividade jurisdicional); mas tão somente fazê-lo mais maleável e capaz – ainda que dentro de seus limites de retaguarda –, de abarcar o maior número possível das novas relações com que se depararia no mundo dos fatos.

Justamente pela necessidade de outros mecanismos para as soluções dos conflitos em sociedades foi necessário admitir em nosso ordenamento jurídico um sistema “aberto” de normas, buscando novos paradigmas, não com intuito de tirar a validade da lei, mas para alcançar “a completude da norma, que tem por si só garantida a generalidade dentro do ordenamento, bem como a abstração de que também se pretende constituir” (FERNANDES e FARINELLI, 2016, p.83).

As súmulas vinculantes não são precedentes e muito se diferenciam deles, a começar pelo fato de que o texto é diferente de norma<sup>198</sup>, motivo pelo qual há a necessidade da utilização dos mecanismos dos precedentes para proporcionar uma maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

Cabe acrescentar outro aspecto de diferenciação que pode ser verificado ao analisar que o precedente advém a partir do resultado da interpretação de seus julgadores, enquanto

---

<sup>198</sup> Não, súmula não é precedente *stricto sensu*, por várias vezes. Talvez a principal delas é porque o texto é diferente de norma. Não deveria haver uma confusão entre as funções de criar um texto e de concretizar a norma. Talvez por isso as súmulas vinculantes representem uma contradição do sistema: o STF é, ao mesmo tempo, o criador do texto e seu aplicador no momento em que julga as reclamações em virtude da não aplicação das Súmulas Vinculantes. São, pois, “quase ordenanças” com valor de lei. Agregue-se que há uma diferença entre caso julgado, precedente e súmulas (ou enunciados jurisprudenciais, que é o que são, em síntese, as súmulas). Desse modo, norma, nos casos judiciais, não é algo abstrato e anterior a decisão judicial. A norma é resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, no dispositivo da sentença. Em relação as sentenças interpretativas, estas possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes, tal como dispõe o art. 102, § 2º, da CF: no instante em que o STF profere uma sentença interpretativa, o dispositivo dela contém a norma a solucionar a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade. Acontece que a sentença interpretativa possui efeitos *erga omnes* e vinculantes, conseqüentemente, o dispositivo dessa sentença interpretativa vinculará a solução de outros casos jurídicos. Entretanto, faz-se necessário destacar que o dispositivo da sentença, ao ser utilizado em casos futuros, não configura mais a norma em si, o texto do dispositivo que consubstanciou a norma do caso concreto foi proferida essa sentença interpretativa passa a consistir em enunciado normativo a solucionar casos futuros, dando origem a novas normas à medida que surgirem novas sentenças resolventes de novos casos jurídicos. As súmulas vinculantes são o exemplo mais claro de criação de enunciados pelo STF. Nesse sentido, as súmulas podem ser vislumbradas como decisões de caráter aditivo/manipulativo. Afinal, não existe – ou não deveria existir – súmula que refira, por exemplo, que determinado dispositivo é inconstitucional, pela simples razão de que, se tal dispositivo efetivamente fosse inconstitucional, teria sido assim declarado. Ou seja, essa distinção entre texto normativo e a norma é fundamental para que se possa examinar adequadamente institutos como precedente judicial e a própria súmula vinculante. (STRECK e ABOUD, 2013, p. 52-53).

para a edição da súmula vinculante bastam vários casos sobre o mesmo assunto, não se utilizando os mesmos mecanismos da política dos precedentes.

Sem contar os riscos ao atribuir o efeito vinculante às súmulas em razão da impossibilidade do julgador de primeiro grau utilizar o *distinguishing*, de modo que a súmula pode ser considerada uma panaceia para resolver todos os casos futuros de modo fácil sem qualquer critério interpretativo para sua aplicação ou não.

O fato de surgir por meio da produção de outros feitos, faz com que a súmula vinculante, que é um texto normativo e não uma norma, se torne a solução para todos os casos sobre o mesmo assunto, sem analisar as particularidades, não respeitando uma forma coerente para proporcionar um direito íntegro.<sup>199</sup>

Outro ponto a ser questionado para diferenciar da súmula vinculante de precedente é a forma do voto elaborado nos países do Sistema da *Common Law*, também conhecido como voto em coluna, feito um a um, diferente da forma presenciada no Brasil, onde somente sabemos o resultado do enunciado, mas não o porquê de seu resultado.

Ainda quando ocorre na votação uma *opinion* majoritária, concorrente e dissidente, a forma para chegar ao resultado do julgamento irá buscar entre as *opinions* a mesma linha de raciocínio em relação aos fatos apresentados, buscando manter a segurança jurídica.<sup>200</sup>

A utilização dos precedentes verifica-se presente no Código Processual de 2015, fato que não recebia tanta atenção em nosso ordenamento, tanto assim é verdade que, além dos recursos repetitivos, temos a figura do incidente de resolução de demandas repetitivas<sup>201</sup>,

<sup>199</sup> As súmulas são textos, para não haver dúvidas; mas estas não são tão somente textos, até porque “textos são eventos”, porque não existem textos que não se refiram a algo no mundo. Por isso, pensar que a súmula é apenas um texto é pensá-la na possibilidade de estar entificada. A súmula é um produto de um conjunto de outros textos. É por essa razão que, em determinado momento o Supremo Tribunal Federal instituiu um enunciado assertórico que, em vez de resolver determinado caso concreto, terá a função de resolver todos os demais casos que podem ser abrangidos pelo novo texto da súmula. Desse modo, a súmula não exsurge para resolver um caso, mas, sim, para resolver “todos os casos futuros”, circunstância que a diferencia sobremaneira do precedente da *common law*. Portanto, para que a súmula vinculante possa ter aplicação no deslinde das demandas sem fulminar as particularidades de cada caso concreto, ela deve ser vislumbrada como texto normativo que quando oposto ao caso concreto, soluciona-o, não mecanicamente, e, sim, hermeneuticamente, respeitando de forma radical a coerência e a integridade do direito. (STRECK e ABBOUD, 2013, p. 57-58).

<sup>200</sup> O problema surge quando, em determinados casos, o resultado deriva da *opinion* majoritária e da *opinion* concorrente, mas a *opinion* concorrente é baseada em um “razão” que igualmente é o sustentáculo da *opinion* dissidente. Nessa situação, o caso é resolvido a partir das *opinions* majoritária e concorrente, mas a concorrência e a dissidência concordam em relação a determinado princípio. Ou melhor, a concorrência e a dissidência têm a mesma linha de raciocínio no que diz respeito a determinado fundamento de direito, mas discordam diante da sua aplicação aos fatos do caso. Enquanto isso, as *opinions* majoritária e concorrente, embora não tenha a mesma linha de raciocínio, estão de acordo, em face dos fatos, quanto à solução do caso. (MARINONI, 2015, p. 77).

<sup>201</sup> O Código atual, porém, inspirado em figuras semelhantes existentes em outros países, concebeu o incidente de resolução de demandas repetitivas como mais uma técnica posta à disposição da uniformização da aplicação do Direito. A medida destina-se, como se lê no art. 976, a evitar que uma mesma *questão de*

buscando a uniformização do direito em casos idênticos, além da preocupação do artigo 489 em obrigar que a sentença seja devidamente fundamentada, em modelo com a decisão do Sistema da *Common Law*.

Assim, outro aspecto que deve ser analisado, voltando-se à questão da súmula vinculante e a busca para proporcionar maior segurança jurídica em nosso ordenamento, é a utilização da mesma construção das Cortes de Precedentes, conforme informado por MARINONI (2015, p. 99):

Deixando-se de lado a fase de admissão do recurso, relacionada a requisitos que podem variar até dar à Corte a discricionariedade de eleger o caso que mais lhe parece adequado para viabilizar o desenvolvimento do direito, pode-se dizer que o procedimento voltado à solução de uma questão de direito ou à definição de uma disputa interpretativa é composto por uma i) fase em que o colegiado *desenvolve o raciocínio decisório*, isto é, um raciocínio que objetiva o alcance do resultado ou da decisão, uma ii) fase de *proclamação* do resultado e da eventual *ratio decidendi*, e uma iii) fase de *elaboração* da justificativa, quando se chega, finalmente, na iv) justificativa e, em alguns casos, na v) *ratio decidendi* – vistas as duas últimas *enquanto discurso*.

Observa-se que uma decisão para tornar-se um precedente tem que passar por fases, para só então ter o respeito e aplicação nos casos concretos, formação totalmente distinta da edição da súmula vinculante em nosso ordenamento.

O raciocínio decisório da Corte tem preocupação principalmente com a aplicação aos casos futuros, buscando fundamentar decisões que possibilitem a previsibilidade do direito e a segurança jurídica. Nesse sentido Scalia e Bryan (2012, p.66) relatam sobre a presunção de validade das decisões para casos futuros:

The presumption of validity disfavors interpretations that would nullify the provision or the entire instrument – for example, an interpretation that would cause a future interest created by a will to violate the rule against perpetuities, that would cause a statute to be unconstitutional. The presumption might be viewed as a species of the presumption against ineffectiveness that not render a provision void but merely make it ineffective. And some courts have even applied the presumption to interpretations that render a provision superfluous or nugatory (see §26).<sup>202</sup>

---

*direito*, presente em demandas de sujeitos diversos, possa receber respostas diferentes pelos vários órgãos do Poder Judiciário que eventualmente tenham contato com essas causas. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 577).

<sup>202</sup> Apresunção de validade desfavorece interpretações que anulariam o fornecimento ou a totalidade do instrumento - por exemplo, na interpretação que causariam um interesse futuro criado por uma vontade de violar a regra contra perpetuidade, que causaria um estatuto para ser inconstitucional. A presunção pode ser visto como uma presunção contra a ineficácia que não produz a invalidade da disposição, mas apenas torná-

Outro aspecto para chegar maior segurança jurídica, não só na criação da súmula vinculante, mas na própria estrutura do Judiciário brasileiro, é a forma como é realizada a composição das Cortes. Não que os renomados juristas ali presentes, por meio de nomeação do presidente da República, não tenham o conhecimento específico, mas a experiência em outros países comprova o contrário em relação à forma do preenchimento dos Tribunais Superiores<sup>203</sup>.

Um exemplo muito promissor, que poderia ser utilizado em nosso país, é o modelo Alemão, que seu Tribunal Superior é o Tribunal Constitucional Federal, responsável para decidir casos voltados, por exemplos, à lei federal e ao controle de constitucional das normas jurídicas; questões voltadas à União; e até mesmo pertinentes a partidos políticos.<sup>204</sup>

---

lo ineficaz. E alguns tribunais têm mesmo aplicado a presunção de interpretações que tornam uma disposição supérflua ou sem objecto (ver §26).

<sup>203</sup> O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/88), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. O Presidente do Supremo Tribunal Federal é também o Presidente do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, inciso I, da CF/88, com a redação dada pela EC nº 61/2009). (BRASIL. STF. Informações Institucionais).

<sup>204</sup> A competência do TCF está definida, em termos gerais, no Art. 93 GG, cujo §2º parágrafo (Art. 93 II GG) abriu a possibilidade do “Tribunal Constitucional Federal decidir, além disso, em casos também a ele confiados por lei federal”. Outros dispositivos da *Grundgesetz* também definem competências específicas de julgamento (sobretudo: Art. 100 I, Art. 100 II e 21 II GG). O §13 BVerfGG sistematizou, em seus 15 números, todos os procedimentos julgados pelo TCF, de tal sorte que os procedimentos são citados, em regra, com a combinação, entre outros, dos dispositivos dos Arts. 21, II, 93, 100 I ou 100 II GG com um dos números do §13º BVerfGG. Assim, dos dispositivos em pauta resulta a competência do TCF, principalmente, para os seguintes procedimentos: Controle Abstrato das Normas (Art. 93, I, nº2 e nº2ª GG c.c §13, nº6 e nº6ª BVerfGG) [abstraktes Normkontrollverfahren]. Controle Concreto das Normas (Art. 100 I GG c.c §13, nº11 BVerfGG) [konkretes Normkontrollverfahren]. Verificação Normativa (Normverifikationsverfahren). Reclamação Constitucional (Art. 93,I nº4ª GG c.c §13, nº 8ª BVerfGG) [Verfassungsbeschwerde]. Lides entre órgãos estatais (Organstreitverfahren). Litígio entre a União e os Estados-Membros (*Bund-Länderstreitverfahren*). Os três primeiros procedimentos acima arrolados constituem-se em processo objetivo, ou seja, não há partes processuais propriamente ditas, ao passo que os três últimos desenvolvem-se na forma de processos contraditórios. A Reclamação Constitucional tem, neste ponto, caráter *sui generis*: em suas modalidades (diretamente contra o ato normativo ou contra a decisão judicial), ela não se desenvolve contraditoriamente e não há que se falar em “partes processuais” propriamente ditas. Por outro lado, resiste-se à ideia de que ela seja um instrumento de controle objetivo da constitucionalidade de normas, por sua razão de ser residir, segundo boa parte da literatura especializada, tão somente na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo o controle normativo, por sua vez, só mais uma consequência do exame de constitucionalidade do ato do Poder Público em face de um direito fundamental, cuja violação seu titular afirma pela Reclamação Constitucional. Todavia, a tendência da jurisprudência do TCF é a interpretação do §13, nº 8ª BVerfGG no sentido de aproveitar o ensejo oferecido por uma Reclamação Constitucional para realizar um controle objetivo da constitucionalidade das normas, de tal sorte que a grande quantidade de reclamações constitucionais contribua decisivamente para o desenvolvimento do direito constitucional positivo. (MARTINS, 2011, p.7-8).

A forma de organização dos julgadores do referido Tribunal é a composição de dois senados, sendo que o primeiro decide sobre assuntos voltados aos direitos fundamentais e o segundo fica com as matérias voltadas para a organização do Estado.<sup>205</sup>

Além da forma de organização dos julgadores, outro ponto de suma importância está relacionado aos pressupostos subjetivos para a escolha dos julgadores que farão parte do Tribunal, tais como requisito mínimo de idade (40 anos); tempo de investidura não superior a 12 anos; sem possibilidade de eleição, com quotas objetivas para demais tribunais e um rigoroso processo eleitoral, conforme bem explica Martins (2011, p. 9-10):

O processo de escolha das juízas e dos juízes do TCF é bastante complexo. Quatro aspectos devem ser abaixo sucintamente apresentados: a) Pressupostos subjetivos: Qualquer pessoa que possa ser eleita para a Câmara Federal (*Bundestag*) pode ser escolhida como juiz ou juíza do TCF, se ela completou 40º aniversário e adquiriu a capacitação para a investidura de juiz por meio dos dois *examina* de Estado (conclusão única da formação jurídica na RFA). Além disso, os/as candidatos/as não podem pertencer nem à Câmara Federal (*Bundestag*), nem ao Conselho (Senado) Federal (*Bundesrat*), ou ao Governo Federal ou a órgãos correspondentes nos Estados-membros. Excetuando-se uma cátedra jurídica alemã (ensino do direito em uma universidade alemã), todas as demais atividades profissionais são incompatíveis com a investidura de juiz do TCF (§3 BVerfGG). b) Tempo de investidura é de 12 anos. Uma reeleição não é possível. Com a conclusão do 68º ano de vida, os juízes aposentam-se compulsoriamente (§4º BVerfGG). c) Quota participativa de juízes dos demais tribunais federais: quanto à qualificação objetiva (quotas) para ser juiz do TCF, note-se que três juízes de cada Senado escolhidos entre os juízes federais dos demais tribunais (Art. 94 I 1GG, §2º III BVerfGG). d) Processo Eleitoral: No que tange ao *processo de eleição*, tem-se, em síntese, que a metade dos juízes é escolhida pela Câmara Federal (*Bundestag*), sendo a outra metade pelo Conselho (Senado) Federal – *Bundesrat* (Art. 94 I 2 GG, §5º I BVerfGG). A Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), fixou para eleição a necessidade de uma maioria qualificada de 2/3 nos dois grêmios (§6 V e §7 BVerfGG). A escolha do Conselho (Senado) Federal (*Bunderast*) dá-se no seu Pleno; a escolha da Câmara Federal (*Bundestag*) dá-se de forma indireta por meio de comissão eletiva que se compõe de 12 deputados, os quais, por sua vez, são escolhidos pelo Pleno *Bundestag* segundo as regras do sistema proporcional de eleição.

<sup>205</sup> Não obstante, o Segundo Senado adquiriu nas últimas décadas algumas competências do Primeiro Senado (para aliviar a sobrecarga do Primeiro Senado, sobretudo em matéria de direito de asilo político, direito dos estrangeiros e direitos de cidadania). No caso de uma divergência da jurisprudência de um Senado em relação à jurisprudência do outro, o pleno decide (§16 I BVerfGG). Todavia, “segundo uma regra ética, os juízes cuidam de não comentar ou criticar em público decisões de outro Senado”. Além dos Senados, existem câmaras (cada uma com três juízes: §15ª BVerfGG) periodicamente reconstituídas com juízes diferentes (uma espécie de sistema de “rodízio”), que podem decidir atualmente sozinhas (ao contrário do que ocorria até os anos 80) sobre a admissão e, dados alguns pressupostos, até sobre o deferimento de uma Reclamação Constitucional (§§ 93b 1, 93c, 93d I e III BVerfGG). (MARTINS, 2011, p.9).

Verifica-se que o fato de não ter o quesito de julgadores vitalícios da Corte Suprema, responsáveis pela criação da súmula vinculante e das decisões relacionadas com questões constitucionais, pode proporcionar maior segurança jurídica, evitando tanto juízos de valores relacionados à ideologia partidária como o favorecimento em relação àquele que realizou a indicação.

Seguindo o pensamento acima, está em andamento a PEC 35/2015 (desde o dia 26/02/2016 com indicação “pronto para deliberação do plenário”)<sup>206</sup>, para o fim de modificar a forma de indicação dos Ministros da Suprema Corte, com a justificativa de que a vitaliciedade pode gerar “vários riscos à estabilidade institucional”<sup>207</sup> e, portanto, se faz necessária a fixação de mandatos para renovação dos julgadores, proporcionando novas chances para que outras pessoas também capacitadas possam fazer parte desse quadro.

Mas é certo que somente a forma composição das Cortes não é suficiente, para se obter a segurança jurídica das súmulas na busca da uniformização da jurisprudência, principalmente por intermédio das súmulas persuasivas e vinculantes, torna-se essencial, para proporcionar maior segurança jurídica, que seja acrescida à renovação dos julgados, abordada no parágrafo acima, a utilização pelos julgadores dos mecanismos dos precedentes utilizados no Sistema da Common Law americana, conforme discorrido no presente estudo.

A utilização de métodos de interpretação torna-se crucial, no ordenamento jurídico brasileiro, para a possibilidade de tornar o direito mais previsível, evitando-se decisões contraditórias nos tribunais, sendo esses métodos de interpretação um caminho para tirar a imagem de descrédito que passa o Judiciário para a sociedade brasileira.<sup>208</sup>

---

<sup>206</sup> Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>207</sup> Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/05/pec-estabelece-mandato-de-dez-anos-e-muda-forma-de-escolha-de-ministros-do-stf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

<sup>208</sup> A inexorável obrigação de fundamentar do juiz passou a segundo plano, quando já tem o Magistrado sua decisão formada (convicção subjetiva e pré-processual), tomada antes mesmo que o pleno contraditório pudesse se dar. O que se vê, hoje, é o dispositivo precedente à justificação – que, de maneira tão pobre, ancora-se para um mesmo fundamento jurídico. A amplitude de resoluções para o mesmo fato, a incoerência jurisdicional, a decisão destoante para casos semelhantes, o desrespeito arbitrário a entendimento já consumado nos tribunais superiores e pluralidade de interpretações sobre o mesmo fundamento jurídico se tornaram, com desmedido prejuízo ao Direito, rotina na judicatura brasileira. Não havendo posição predeterminada sobre o caso, a multiplicidade de decisões retira a previsibilidade que deveria ser conferida às partes e ambos os litigantes resolvem “tentar a sorte” diante dos tribunais. De tal maneira que, abarrotados, nada mais resta que a lentidão da atividade jurisdicional. Entre outros tanto inconvenientes de maior ou menor potencial ofensivo. [...] Diante disso, prejudicou-se não só o contingente jurisdicionado como também o próprio exercício da justiça: a problemática atual gerou descrédito ao Judiciário brasileiro e conferiu incerteza ao sistema – que já sofria outros diversos abusos. (FERNANDES, 2016, p. 85).

Tamanha a importância de buscar um aprimoramento da unificação do trabalho jurisprudencial, que a busca da segurança jurídica na aplicação das súmulas para a realização do direito irá oferecer “estabilidade, credibilidade e coerência; e é desejável não só aos jurisdicionados, como também à própria instituição e seus operadores” (FERNANDES e FARINELLI, 2016, p. 86).

Portanto, é necessário analisar a forma de efetivar a segurança jurídica com a aplicação da súmula vinculante, pois ela está inserida em nosso ordenamento e vincula a todos da Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Deve-se ainda, ser colocado em questão o fato de sua edição e sua aplicação se dar nos moldes do sistema do precedente. Na verdade, a observância desses moldes deveria começar antes de sua edição para que a súmula passasse pelas fases criteriosas como as do precedente. E quando da sua aplicação, da súmula, deveria ser possibilitada a utilização dos mecanismos do precedente, principalmente do *distinguishing* e do *overruling*, para o fim de proporcionar uma maior segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico.

Finalizando, a busca da segurança jurídica, tem influência no Sistema da *Civil Law*, como hodiernamente verificamos, e também do Sistema *Common Law* com ênfase no que é aplicado no direito norte-americano, para o fim de buscar mais estabilidade, imparcialidade, coerência e previsibilidade na atividade judiciária.

Cabe reafirmar que caso as súmulas, sejam elas persuasivas ou vinculantes, se valessem na busca da uniformização da jurisprudência, não somente da modificação da composição das Cortes, mas também dos mecanismos do precedente utilizado no direito americano, poderíamos, então, almejar não só o exposto acima, mas principalmente a maior efetivação do princípio da segurança jurídica, presente no Estado Democrático de Direito brasileiro.

## CONCLUSÃO

O princípio da segurança jurídica tem grande relação com o presente tema, haja vista que a edição e a aplicação das súmulas vinculantes no Brasil visam não somente solucionar questões de massa, mas também proporcionar maior segurança aos jurisdicionados.

Sobre a segurança jurídica, no primeiro capítulo foi analisado primeiramente seu aspecto axiológico, como um dos princípios considerados como pilares do Estado Democrático de Direito, juntamente com sua relação ao valor justiça, para em seguida pontuar possíveis conceitos sobre seu significado e importância no ordenamento pátrio.

Nessa linha de análise, buscou-se seu aspecto com relação à ideologia política e jurídica, a fim de explicar que a segurança jurídica é presente em todo e qualquer Estado, mas possui conotações diferentes a depender da ideologia política adotada que conseqüentemente, dita a ideologia jurídica de determinado Estado.

Nesse diapasão, verificada a relação com a ideologia, pautou-se por analisar a segurança jurídica com a questão da coisa julgada, tanto formal quanto material, tendo a cautela de analisar a posição doutrinária que discorre sobre o falso julgamento de mérito, que pode levar à própria insegurança jurídica, devendo os casos nesta hipótese serem extintos, nos termos do artigo 485, III do atual Código de Processo Civil.

Após estas considerações sobre segurança jurídica, realizou-se a análise de seu aspecto subjetivo, tornando necessário abordar sobre o princípio da confiança jurídica – decorrência subjetiva do princípio da segurança jurídica – demonstrando a importância do princípio da boa-fé, principalmente na relação entre Estado e indivíduo.

Feitas as referidas pontuações, ainda no capítulo 1, buscou-se resumidamente explicar os dois Sistemas utilizados no direito ocidental – *Common Law* e *Civil Law* – refletindo acerca dos pontos históricos essenciais do desenvolvimento de cada uma dessas famílias do Direito, indicando sua influência nos Estados ao enumerar alguns dos quais possuem raízes e aplicabilidade, e apresentado as diferenças dos referidos sistemas.

No capítulo 2, tratou-se de trazer em tela a origem das súmulas vinculantes, vislumbradas nos assentos portugueses – também presentes no direito brasileiro, durante o período colonial e imperial - para em seguida estudar a idealização das súmulas, primeiramente persuasivas – por intermédio do Ministro Vitor Nunes Leal – e posteriormente as súmulas vinculantes, inseridas no ordenamento pátrio através da Emenda Constitucional nº 45, também conhecida como a Reforma do Judiciário.

Sem ignorar que as súmulas vinculantes foram objeto de grande divergência doutrinária durante seu projeto e após sua inserção no ordenamento jurídico, em relação à sua aplicação e eficácia, o presente estudo buscou não adentrar a tais questões e sim concentrar-se na possibilidade de utilizar os mecanismos da política dos precedentes para o fim de proporcionar maior segurança jurídica na aplicação do direito sumular.

Justamente por esse motivo, no capítulo 3 foi aprofundado o estudo do Sistema da *Common Law*, no que diz respeito aos precedentes – sem a pretensão de esgotar o tema, em decorrência da profundidade da matéria –, principalmente da política dos precedentes do direito norte-americano, que se apresenta de forma mais flexível em relação aos precedentes do direito inglês.

Considerando que o estudo para se chegar ao conceito de precedentes é muito vasto, não sendo possível esgotar todo o assunto no presente trabalho, partiu-se disposto por Streck e Abboud, de que “o precedente é uma decisão de um Tribunal com a aptidão a ser reproduzida seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares”, buscando ressaltar o referido instituto no que de melhor pode influenciar as súmulas vinculantes para o fim de proporcionar maior segurança jurídica.

Importante também foi distinguir precedentes de jurisprudência, visto que aqueles têm sua formação a partir de sua *ratio decidendi*, enquanto esta tem sua formação a partir de julgamentos advindos do judiciário, podendo ser um posicionamento favorável ou não sobre determinado assunto.

Outro fator de suma importância para colocar em destaque sobre o precedente foi seu desenvolvimento na *Common Law* do sistema norte-americano, sendo cruciais o processo de Independência e a força da Constituição, principalmente após o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*.

Foi apontado o respeito do precedente pelas Cortes, seja no direito ianque seja no direito inglês, ressaltando-se que a garantia desse respeito ao caso julgado é a motivação das decisões pela qual se alcança a finalidade de influenciar os casos futuros, proporcionando maior confiança do jurisdicionado em depositar seu caso nas mãos do Judiciário para julgamento e conseqüentemente enaltecendo o princípio da segurança jurídica.

Além das razões determinantes do precedente, a “*ratio decidendi*”, outros mecanismos também foram verificados. A possibilidade da distinção do precedente com outro caso concreto – *distinguish* – inclusive para deixar de aplicá-lo com base em razões devidamente fundamentadas. A possibilidade de revogação do precedente quando não mais

compatível com a evolução jurídica e social, por intermédio do *overruling*, o mecanismo que garante o não engessamento do direito. Lembrando ainda, a existência de *obiter dictum* – dito para morrer – que corresponde aos argumentos do precedente, que apesar de não vincularem a decisão, têm influência sobre ela.

Da análise desses mecanismos que não compõe a estrutura do precedente, verificou-se no presente trabalho, a compatibilidade e conveniência de sua observação na edição, aplicação e revogação da súmula, principalmente da súmula vinculante, como forma de oferecer maior segurança jurídica ao ordenamento pátrio.

Necessário foi abrir um tópico específico sobre o Código de Processo Civil de 2015, que muito trouxe para seu conteúdo a questão da uniformização da jurisprudência e vários dispositivos com a presença das súmulas, sejam elas persuasivas ou vinculantes.

Dessa avaliação do Novo Código de Processo Civil ficou evidenciado que houve uma aproximação do novo ordenamento com o Sistema da *Common Law*, destacando-se, no entanto, que junto com essas novas inserções no ordenamento processual civil poderia também inserir os mecanismos do precedente norte-americano nas súmulas. Procurou-se deixar bem claro que as súmulas vinculantes não são precedentes, principalmente porque texto é diferente de norma. O precedente, conforme estudado, é o resultado da interpretação que os julgadores fazem acerca de um caso concreto; já a súmula, com ênfase na súmula vinculante, deve ser resultante do consenso entre decisões divergentes em vários casos sobre o mesmo assunto gerando um enunciado vinculativo.

Apontou-se também que a segurança jurídica poderia ser maior com a utilização da construção do precedente, por intermédio do voto de coluna, que passa por quatro fases, sendo i) fase em que o colegiado *desenvolve o raciocínio decisório*, isto é, um raciocínio que objetiva o alcance do resultado ou da decisão, uma ii) fase de *proclamação* do resultado e da eventual *ratio decidendi*, e uma iii) fase de *elaboração* da justificativa, quando se chega, finalmente, na iv) justificativa e, em alguns casos, na v) *ratio decidendi* – vistas as duas últimas *enquanto discurso*, conforme ensina Marinoni em sua obra Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC.

Também se discorreu acerca da forma de composição do judiciário brasileiro que precisa de modificação, motivo pelo qual foi apresentado o modelo alemão, muito promissor e que muito poderia ser aplicado aqui no Brasil, principalmente na questão da vitaliciedade dos Ministros que realizam os enunciados de súmula, especialmente das súmulas vinculantes.

Diante de todas estas possibilidades de mudanças tendentes a melhorar a segurança jurídica, foi reforçado que é preciso refletir sobre a possibilidade da utilização dos

mecanismos do precedente - principalmente da política do precedente adotada pelo sistema norte-americano – na súmula vinculante, desde a sua edição, até na sua aplicação assim como na sua eventual revogação, por se tratar o precedente de mecanismo que melhor e mais adequadamente identifica semelhança dos casos para aplicar discussão. Seguindo a súmula os mesmos mecanismos do precedente por certo que também proporcionaria uma mior segurança jurídica ao direito pátrio.

A busca pela uniformização da jurisprudência e um ordenamento jurídico seguro têm sido objeto de grande estudo, tanto assim é verdade que o Novo Código de Processo Civil de 2015 demonstra essa realidade pelas inovações apresentadas. Mas é preciso caminhar mais.

Neste sentido é a indicação deste trabalho pela busca de mecanismos de outra Família do Direito, diversa da nossa, demonstrando o quanto isto significa grande avanço; razão pela qual necessita da reflexão de todos os operadores do direito que almejam um ordenamento jurídico pautado nos valores da justiça e igualdade, com previsibilidade e estabilidade, e, principalmente, um ordenamento pautado no princípio da segurança jurídica, condizente com a nossa ideologia de Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica – entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

**A colonização da América do Norte**. [S.I.:s.n.], [entre 1995 e 2015]. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=145>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica – Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 01 maio 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2076. Relator: Min. Carlos Veloso: Partido Social Liberal – PSL. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Brasília, 15 ago. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 20 mar. 2016).

BRASIL. **Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006**. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm)>. Acesso em: 01 maio 2015.

BRASIL. **Decreto-lei 4.657, de 04 de setembro de 1942, alterado pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro nº 12.376 de 30 de dezembro de 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>>>. Acesso em 14 de abril de 2016.

BRASIL. **PEC 35/2015**. Andamento. Disponível em: <<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120337>>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **PEC 35/2015**. Notícias. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/02/05/pec-estabelece-mandato-de-dez-anos-e-muda-forma-de-escolha-de-ministros-do-stf>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informações Institucionais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informações Institucionais. Súmula Vinculante. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses Editora, 2012.

CAMPOS, Walter de Oliveira. Direito e Ideologia. In: **Argumenta Revista Jurídica** nº14. Jacarezinho-PR: Revista Argumenta, janeiro/junho 2011.

CARLYE, Thomas. **História da Revolução Francesa**. Tradução e Prefácio de António Ruas. 3ªed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1962.

Cercamentos. [S.I.,s.n], [entre 1995 e 2015]. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Cercamentos>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

CHALITA, Gabriel. Princípio da Segurança Jurídica. In: BOTTINO, Marco Tulio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

CIAMPAGLIA, Silvio. Segurança jurídica é o princípio fundamental nas democracias. In: BOTTINO, Marco Tulio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

COMMON LAW. [S.I., s.n], [entre 1995 e 2015]. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](https://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em: 14 jul. 2015.

CONJUR. Só flagrante ilegalidade faz afastar Súmula 691, reafirma STF. [S.I., s.n.], [entre 1995 e 2015]. Publicação em 24 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-24/sumula\\_691\\_afastada\\_quando\\_ilegalidade](http://www.conjur.com.br/2006-jan-24/sumula_691_afastada_quando_ilegalidade)>. Acesso em: 08 jul. 2015

CORREAS, Oscar. **Crítica da Ideologia Jurídica. Ensaio Sócio-Semiológico**. Tradução Roberto Bueno. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

**Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível** – 4ª edição. No qual são inseridos na ordem chronologica os cinco supplementos às edições anteriores. Coimbra: Na imprensa da Universidade, 1852. Por Resolução de S. Majestade de 2 de Setembro de 1786.

COSTA, Antonio Tito. A propósito de Segurança Jurídica. In: BOTTINO, Marco Tulio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Jordhana Cunha. FARINELLI, Alisson Henrique do Prado. **O Precedente como Instrumento de garantia à Segurança Jurídica**. In: Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda, ano XVII – nº99, jan. 2016

FRANCO JUNIOR, Hilário. **Feudalismo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1968.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Barnes & Noble, 2004.

JOÃO, Paulo Sérgio. Direitos Humanos e legislação trabalhista: uma relação de cumplicidade. In: **Revista Faculdade de Direito PUC/SP** n. 2- 2º semestre/2014. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Tradução dos Textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes Judiciais Civis no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3ª ed. rev.7, atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MANNHEIN, Karl. **Ideologia e Utopia**. Tradução: Sergio Magalhães Santeiro. Revisão Técnica do Prof. César Guimarães. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. Título Original: Ideology and utopia – na Introduction to the Sociology of Knowledge – traduzido da edição publicada em 1960 por Routledge & Kegan Paul Ltd., de Londres, Inglaterra.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Ideologia**. Coleção para entender: 1. Global Editora, 7ª ed. Cidade: março de 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Precedentes Obrigatórios**. 3ªed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Leonardo. **Direito Processual Constitucional Alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Ives Granda da Silva. Visão histórica da Segurança Jurídica. In: BOTTINO, Marco Tulio (Org.). **Segurança Jurídica no Brasil**. São Paulo: RG Editores, 2012.

MEDEIROS, Mônica Jaqueline Sifuentes. **Súmula Vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos Tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Redação da Emenda Constitucional nº45 (Reforma da Justiça). **Revista Forense**, nº378. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Editora: Juarez de Oliveira, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder. THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. **Coisa Julgada Inconstitucional – “A questão da segurança jurídica”**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

NERY, Nelson. NERY, Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY, Nelson Junior. **Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2ª ed. Salvador-Bahia: JusPODIVM, 2013.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano – Tomo I – partes introdutória e geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança – A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

REIS, Antonio Carlos Palhares Moreira. **A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Editora Consulex, 2009.

**Revolução Gloriosa**. [S.l.,s.n.], [entre 1995 e 2015]. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=187>> Acesso em: 22 ago. 2015.

ROCHE. Marie-Anne Frison. Comentários no site a VALEMBOIS, Anne-Laure. **La Constitutionnalisation de L’Exigence de Sécurité Juridique em Droit Français**. Publicação em 23 mai. 2012. Disponível em: <<<http://mafr.fr/fr/article/valembois-anne-laure/>>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Súmula Vinculante: análise crítica de sua adoção**. Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1996.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Ideologia e Ciência Política**. Livraria Progresso Editora. Bahia, 1953.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. 1<sup>st</sup> ed. United States of America: Thomson/West, 2012.

SILVA, José Afonso da Silva. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2<sup>a</sup>ed. ver.ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SILVA, José Anchieta. **A Súmula de Efeito Vinculante Amplo no Direito Brasileiro – um problema e não uma solução**. 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> triagem. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SILVA, Nelson Finotti. SOUZA, Tiago Clemente. Ideologia, Hermenêutica e Jurisdição: Algumas reflexões sobre o que sobrou do positivismo no atual paradigma jurídico. In: **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Vol. 2, nº 1, 2014, p. 208-245. Disponível em <[http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/29/pdf\\_18](http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/29/pdf_18)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 3<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa Julgada Constitucional: Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade**. Coimbra: Edições Almedina, Abril de 2009.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: Introdução ao Direito dos EUA**. 2<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos – principais decisões**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Gelson Amaro. **Direitos difusos e coletivos: sentença, limites subjetivo e objetivo da coisa julgada**. Trabalho acadêmico ao Curso de Mestrado em Direito Civil, Direitos Difusos e Coletivos da Universidade Estadual de Maringá. Maringá-PR: UEM, 1998.

\_\_\_\_\_. Falso Julgamento de Mérito. In: **Revista Bonijuris**, Curitiba: Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, ano XXIII, dezembro 2011.

SOUZA, Gelson Amaro de. SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. **Sentenças que não passam em julgado**. In: Revista Jurídica do Centro Universitário de Patos de Minas. Patos de Minas: Jurisvox, ano 13 – número 13, dezembro de 2012.

SOUZA, Miguel Teixeira. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2ªed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Rainer. **A independência dos Estados Unidos**. [S.l.:s.n.], [entre 1995 e 2015]. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiag/independencia-estados-unidos.htm>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

SOUZA, Thiago Clemente. Decisão Judicial, Hermenêutica e Segurança Jurídica: Análise sob o prisma da teoria dos Princípios. In: HERRERA, Luiz Henrique Martim; BAIIO, Lucas Seixas (Org.). **A nova interpretação do Direito – Construção do Saber Jurídico**. Coleção Univem. Birigui – SP: Boreal Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito Brasileiro: Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante**. 2ª ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Vol. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TARANTO. Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial: Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional**. 1ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “As reformas do Direito Processual Civil e o Princípio Constitucional da Segurança Jurídica”. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; JOBIM, Eduardo. (Coord.). **O processo na Constituição**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica – Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.) **O Princípio Esquecido/2** Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

VIEIRA, Andréia Costa Vieira. **Civil Law e Common Law – Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

## ANEXO

- SÚMULA VINCULANTE 1: Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela lei complementar nº 110/2001.
- SÚMULA VINCULANTE 2: É inconstitucional a lei ou ato normativo estadual ou distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.
- SÚMULA VINCULANTE 3: Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.
- SÚMULA VINCULANTE 4: Salvo nos casos previstos na constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.
- SÚMULA VINCULANTE 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição.
- SÚMULA VINCULANTE 6: Não viola a constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 1/9 Supremo Tribunal Federal.
- SÚMULA VINCULANTE 7: A norma do § 3º do artigo 192 da constituição, revogada pela emenda constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.
- SÚMULA VINCULANTE 8: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

- SÚMULA VINCULANTE 9: O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.
  
- SÚMULA VINCULANTE 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.
  
- SÚMULA VINCULANTE 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.
  
- SÚMULA VINCULANTE 12: A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 2/9 Supremo Tribunal Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 13: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.
  
- SÚMULA VINCULANTE 15: O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.

- SÚMULA VINCULANTE 16: Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.
  
- SÚMULA VINCULANTE 17: Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos.
  
- SÚMULA VINCULANTE 18: A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, no curso do mandato, não afasta a inelegibilidade prevista no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 3/9 Supremo Tribunal Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 19: A taxa cobrada exclusivamente em razão dos serviços públicos de coleta, remoção e tratamento ou destinação de lixo ou resíduos provenientes de imóveis, não viola o artigo 145, II, da Constituição Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 20: A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.
  
- SÚMULA VINCULANTE 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.
  
- SÚMULA VINCULANTE 22: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

- SÚMULA VINCULANTE 23: A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação possessória ajuizada em decorrência do exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.
  
- SÚMULA VINCULANTE 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 4/9 Supremo Tribunal Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.
  
- SÚMULA VINCULANTE 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.
  
- SÚMULA VINCULANTE 27: Compete à Justiça estadual julgar causas entre consumidor e concessionária de serviço público de telefonia, quando a ANATEL não seja litisconsorte passiva necessária, assistente, nem oponente.
  
- SÚMULA VINCULANTE 28: É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.
  
- SÚMULA VINCULANTE 29: É constitucional a adoção, no cálculo do valor de taxa, de um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, desde que não haja integral identidade entre uma base e outra.
  
- SÚMULA VINCULANTE 30: (A Súmula Vinculante 30 está pendente de publicação).
  
- SÚMULA VINCULANTE 31: É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 5/9  
Supremo Tribunal Federal.

- SÚMULA VINCULANTE 32: O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras.

- SÚMULA VINCULANTE 33: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

- SÚMULA VINCULANTE 34 A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

- SÚMULA VINCULANTE 35: A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

- SÚMULA VINCULANTE 36: Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

- SÚMULA VINCULANTE 37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.  
STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 6/9  
Supremo Tribunal Federal.

- SÚMULA VINCULANTE 38: É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

- SÚMULA VINCULANTE 39: Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal.
- SÚMULA VINCULANTE 40: A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.
- SÚMULA VINCULANTE 41: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.
- SÚMULA VINCULANTE 42: É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária.
- SÚMULA VINCULANTE 43: É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.
- SÚMULA VINCULANTE 44: Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 7/9 Supremo Tribunal Federal.
- SÚMULA VINCULANTE 45: A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual.
- SÚMULA VINCULANTE 46: A definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento são da competência legislativa privativa da União.
- SÚMULA VINCULANTE 47: Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza.

- SÚMULA VINCULANTE 48: Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembarço aduaneiro.
  
- SÚMULA VINCULANTE 49: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.
  
- SÚMULA VINCULANTE 50: Norma legal que altera o prazo de recolhimento de obrigação tributária não se sujeita ao princípio da anterioridade. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 8/9 Supremo Tribunal Federal.
  
- SÚMULA VINCULANTE 51: O reajuste de 28,86%, concedido aos servidores militares pelas Leis 8622/1993 e 8627/1993, estende-se aos servidores civis do poder executivo, observadas as eventuais compensações decorrentes dos reajustes diferenciados concedidos pelos mesmos diplomas legais.
  
- SÚMULA VINCULANTE 52: Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.
  
- SÚMULA VINCULANTE 53: A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança a execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir e acordos por ela homologados. STF/SDO/Coordenadoria de Análise de Jurisprudência (atualizado em 27/07/2015) 9/9
  
- SÚMULA VINCULANTE 54 (Debate de Aprovação pendente de publicação): A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos da lei desde a primeira edição.
  
- SÚMULA VINCULANTE 55 (Debate de Aprovação pendente de publicação): O direito de auxílio-alimentação não se estende aos servidores inativos.